



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**“LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS EMBRIONES
SUPERNUMERARIOS EN LA
CRIOCONSERVACIÓN EN LA LEGISLACIÓN
PERUANA”**

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

PRESENTADO POR:

Bach. Bonilla Mundaca Deymi Mariel

Bach. Rivero Huamán Rosa Elizabeth

Asesor:

Mg. Uchofen Urbina Angela Katherine

Línea de Investigación:

Derechos Humanos

Pimentel – Perú

2018

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LA
CRIOCONSERVACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Aprobación de la tesis

Rivero Huamán Rosa Elizabeth
Autora

Bonilla Mundaca Deymi Mariel
Autora

Mg. Uchofen Urbina Angela Katherine
Asesor Metodológico

Dra. Diana Berlyne Anacleto Silva
Presidenta de Jurado

Mg. Carlos Andree Rodas Quintana
Miembro Jurado

Mg. Jorge Abel Cabrejos Mejía
Miembro de Jurado

DEDICATORIA

A Dios, por brindarme la vida y la capacidad de poder concluir mi carrera universitaria.

A mis padres, pues ellos fueron la base principal del desarrollo de mi vida profesional, establecieron los cimientos de responsabilidad y los deseos de superación constante.

A José Santisteban Calderón; mi amor, tus palabras de aliento y tu apoyo permanente, incluso más de lo posible ha sido fundamental para mí.

Bonilla Mundaca, Deymi Mariel

A Dios, por brindarme la oportunidad de vivir para alcanzar el momento más importante de mi formación profesional.

A mi madre en el cielo, con todo mi corazón, por quien me mantuve firme en mi promesa de culminar satisfactoriamente mi etapa universitaria.

Rivero Huamán, Rosa Elizabeth

AGRADECIMIENTO

A mis padres, por su apoyo incondicional durante mi etapa universitaria.

Bonilla Mundaca, Deymi Mariel

A Dios, por haberme ayudado durante estos años, el sacrificio fue grande pero tú siempre me diste la fuerza necesaria para continuar y lograrlo, sin ti nada sería.

A mi familia, por todo el esfuerzo que hicieron para brindarme la mejor educación.

Rivero Huamán, Rosa Elizabeth

ÍNDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO.....	4
Resumen.....	8
Abstract	9
I. INTRODUCCIÓN.....	10
1.1. Realidad problemática.....	12
1.2. Formulación del problema	16
1.3. Justificación e importancia.....	16
1.4. Hipótesis.....	16
1.5. Objetivos	17
1.5.1. Objetivo General:	17
1.5.2. Objetivos Específicos:.....	17
II. MARCO REFERENCIAL	18
2.1. Antecedentes de la investigación	18
2.2. Teorías relacionadas al tema	21
2.2.1. Subcapítulo I: Técnicas de Reproducción Humana Asistida	21
2.2.1.1. Relevancia jurídica	22
2.2.1.2. Concepto de embrión humano.....	23
2.2.1.3. Efecto jurídico de las Técnicas de Reproducción Asistida	24
2.2.1.3.1. Ley General de Salud Peruana N° 26842.....	26
2.2.1.4. Problemas que presenta la Técnica Crioconservación	27
2.2.2. Subcapítulo II: Embrión crioconservado in vitro	28
2.2.2.1. Concepto del embrión crioconservado	29
2.2.2.2. Destinos de los embriones crioconservados	30
2.2.2.3. Destrucción del embrión	31
2.2.2.4. Adopción y donación del embrión	31
2.2.3. Subcapítulo III: Derecho Fundamental relacionado con los embriones crioconservados.....	32
2.2.3.1. Derecho a la vida.....	32
2.2.3.2. Inicio de la vida.....	34
2.2.3.3. Teorías sobre el inicio de la vida.....	35

2.2.3.4.	Posición que adoptan las autoras: Teoría de la fecundación	36
2.2.3.5.	Posición de la Doctrina Nacional respecto al inicio de la Vida.....	39
2.2.3.6.	El concebido como sujeto de protección jurídica.....	40
2.2.4.	Subcapítulo IV: El Contrato en la Técnica de crioconservación.....	42
2.2.4.1.	Noción general de Contrato.....	42
2.2.4.2.	El contrato y la crioconservación	44
2.2.5.	Subcapítulo V: El Derecho Comparado y el problema planteado.....	47
2.2.5.1.	La Reproducción Asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). 47	
2.2.5.1.1.	El Derecho a la reproducción en el Convenio de Roma y su encaje en el Artículo 8 47	
2.2.5.1.2.	Evans vs Reino Unido	48
2.2.5.1.3.	Parrillo vs Italia	49
2.2.5.1.4.	Situación de España y Perú, respecto a la fecundación in vitro	51
2.2.5.1.5.	Situación de Francia	52
2.2.5.1.6.	Situación de Estados Unidos	52
2.3.	Principios relacionados con el tema	53
2.4.	Conceptos relacionados con el tema	54
III.	MÉTODO	56
3.1.	Tipo y diseño de investigación.....	56
3.2.	Variables, Operacionalización	56
3.3.	Población y muestra	58
3.4.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	58
3.5.	Métodos de análisis de datos	59
3.6.	Aspectos éticos.....	59
IV.	RESULTADOS	61
V.	DISCUSIÓN	73
VI.	CONCLUSIONES	77
VII.	RECOMENDACIONES	78
VIII.	REFERENCIAS	79
IX.	ANEXOS	83

INDICE DE FIGURAS

Figura 1: El estado peruano aplica de manera adecuada una protección jurídica de la vida humana.	61
Figura 2: Gozan de derecho los embriones supernumerarios en la crioconservación en el Perú.	62
Figura 3: En función a la protección de la vida humana en relación a la crioconservación de los embriones, es necesario determinar las causas.	63
Figura 4: Todo ilícito en relación a la vida humana debe ser penado.	64
Figura 5: Determinación de límites para aplicar una técnica que ayude a la protección de la crioconservación de embriones.	65
Figura 6: Existencia de mala protección de la vida humana en relación a la perturbación de los crioconservadas en los laboratorios.	66
Figura 7: La normativa vigente en relación al derecho a la vida que tiene todo concebido en su calidad de niño es acorde a la realidad nacional cuando hablamos de la protección jurídica de la vida humana de los embriones.	67
Figura 8: Considera que aplicando el derecho de protección a la vida humana de los embriones se lograría erradicar la problemática en relación a la Técnica de Crioconservación.	68
Figura 9: El artículo 1° del Código de los Niños y Adolescentes, regulan de manera adecuada los temas protección de la vida.	69
Figura 10: El estado vela por una adecuada protección del derecho a la vida como bien jurídico protegido.	70
Figura 11: Las normas básicas aplicables a los responsables del derecho en función a la protección de la vida del embrión en la legislación peruana.	71
Figura 12: El estado, debe impulsar y promover la protección de la vida desde el momento de la concepción.	72

Resumen

Frente a situaciones de infertilidad, esterilidad u otros impedimentos para la concepción, surgieron las Técnicas de Reproducción Asistida; con éstas intentaban cumplirse el deseo de ser progenitores de aquellos que no lo podían ser de forma natural. Las mismas fueron perfeccionándose, pero dejando desprotegido el aspecto jurídico de ellas, ya que fueron escasamente reguladas generando diversas problemáticas. La mayor problemática surgió en relación a la Técnica de Crioconservación, en donde la concepción del embrión in vitro se producía en probetas de laboratorios originándose una cantidad ilimitada de ellos. Estos embriones permanecían congelados hasta ser trasplantados en el seno materno, o a la espera de otro destino sin encontrarse determinada su naturaleza, derechos, prohibiciones y limitaciones.

La presente tesis tiene como objetivo elaborar una propuesta legislativa que permita la protección jurídica de los embriones supernumerarios resultado de la crioconservación en la Legislación Peruana.

La metodología que se utilizó es de tipo Cuantitativa - Descriptiva, a través de la examinación de los hechos, datos y problemática de la realidad del mundo social.

Se realizó un análisis e interpretación de los datos obtenidos mediante las diferentes fuentes bibliográficas y la encuesta aplicada, las cuales aportaron a nuestra investigación, llegando a la conclusión que es menester una norma jurídica que proteja y esté en defensa de los embriones ya que al ser seres vivos tienen derechos supremos.

Palabras claves: Concepción, Embrión, In Vitro, Crioconservación, Derechos

Abstract

Faced with situations of infertility, sterility or other impediments to conception, Assisted Reproduction Techniques emerged; with these they tried to fulfill the desire to be progenitors of those who could not be in a natural way. They were refined, but leaving the legal aspect of them unprotected, since they were scarcely regulated, generating different problems. The biggest problem arose in relation to the Cryopreservation Technique, where the conception of the in vitro embryo was produced in laboratory test tubes, originating an unlimited number of them. These embryos remained frozen until transplanted into the womb, or waiting for another destination without finding their nature, rights, prohibitions and limitations.

The objective of this thesis is to elaborate a legislative proposal that allows the legal protection of the supernumerary embryos resulting from the cryopreservation in the Peruvian Legislation.

The methodology used is Quantitative - Descriptive, through the examination of the facts, data and problems of the reality of the social world.

An analysis and interpretation of the data obtained through the different bibliographical sources and the applied survey were carried out, which contributed to our investigation, arriving at the conclusion that a legal norm is necessary that protects and is in defense of the embryos since being living beings have supreme rights.

Key words: *Conception, Embryo, In Vitro, Cryopreservation, Rights*

I. INTRODUCCIÓN

La crioconservación de embriones supernumerarios es un tema relevante dentro de las Técnicas de Reproducción Asistida, porque con la introducción del sistema de congelamiento de embriones, se está logrando la posibilidad de almacenarlos para la procreación posterior, contribuyendo a la mejor planificación familiar.

Sin embargo, con la introducción de la aplicación de esta técnica, se generaron nuevos retos en el campo legal, ya que el Derecho al ser una ciencia, no es estática, sino variable y dinámica de acuerdo a la realidad de la época se debe actualizar las normas periódicamente y/o crear nuevas de acuerdo a las situaciones cambiantes que suceden en la vida social.

Sin lugar a dudas, el avance científico que se ha logrado alcanzar hoy en día; ha rebasado los pocos presupuestos jurídicos tradicionales que existen en materia de Derecho Genético y Derecho Constitucional.

En ese sentido de ideas, consideramos que se debe prever con una normativa jurídica concordante con nuestro contexto social variable, producto de los resultados rebasados en las ciencias mencionadas, así tenemos a la ya señalada Técnica de Reproducción Asistida, la Crioconservación de embriones supernumerarios, que si bien es una gran alternativa para muchas personas, también trae consigo algunas dificultades jurídicas, por el vacío legal en la normatividad peruana.

El tema seleccionado consideramos que es de suma importancia y muy significativo, primordialmente desde el aspecto humano y jurídico, porque conllevan a plantear una legislación nacional urgente por la nula protección a los embriones supernumerarios resultantes de la práctica de la Técnica

Crioconservación, ya que éstos al ser concebidos, ya tienen vida humana, pero que se queda detenida debido a diversos factores.

La presente tesis consta de cinco capítulos, seguidamente se presenta de manera sucinta el contenido de cada capítulo que conforma la investigación:

En el Capítulo I: Introducción, se considera la realidad problemática sobre la cual se desarrolló la investigación, a través de los aspectos como: formulación del problema, justificación e importancia del estudio, la hipótesis y los objetivos de la investigación.

En el Capítulo II: Marco Referencial, hace referencia de forma sistemática la información recogida de las fuentes bibliográficas, las mismas que, contribuyen al tema investigado, señalándose los antecedentes de la investigación, se contempla las teorías relacionadas al tema que fundamenta nuestra investigación, y los principios y conceptos relacionados con el tema.

En Capítulo III: Método, se describen las fases del proceso de investigación, en función a los siguientes aspectos como: el tipo y diseño de la investigación, las variables y su operacionalización, la población y muestra, las técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad, métodos de análisis de datos y los aspectos éticos; los cuales fueron empleados para el resultado de los objetivos planteados en la investigación.

En Capítulo IV: Resultados, se presenta los resultados siguiendo una secuencia lógica de figuras, se detalla los resultados en función a la protección jurídica de los embriones supernumerarios en la crioconservación en la Legislación Peruana

En Capítulo V: Discusión, se expone la interpretación y análisis de las implicancias de los resultados.

1.1. Realidad problemática

En la actualidad, debido a los grandes avances científicos y tecnológicos, se viene aumentando a nuestra vida cotidiana, nuevos contextos fácticos, que el derecho no logra resultar ajeno, nos estamos refiriendo a las consecuencias, producto de la aplicación y práctica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, concretamente a la Técnica de Crioconservación, en las cuales, si bien se concibe positivo el derecho a la procreación y por consiguiente el derecho a una paternidad y maternidad; no obstante, durante ese procedimiento se utilizan no únicamente el número de espermatozoides y óvulos necesarios para engendrar un solo embrión, sino diversos, y seguidamente como resultado de este procedimiento, se obtienen embriones vivos restantes, los mismos que quedan crioconservados y congelados en los laboratorios y probetas, sin conocer cuál es el final que les espera. (Coronel, 2013, p. 3).

Durante los últimos años, en el país se han venido practicando 5.000 tratamientos de fecundidad del medio millón de parejas que solicitan una fecundación in vitro, cuyo resultado es la creación de las clínicas y laboratorios de crioconservación. (Virginia, 2010).

La Crioconservación, da la posibilidad de extraer los óvulos de la mujer, los mismos que son fecundados "in vitro" con el espermatozoides del hombre, procreando de esta manera embriones, de los cuales los supernumerarios son congelados en probetas, muchas veces quedando en un futuro incierto de lo que pueda suceder con estos embriones crioconservados.

Ocurre que, en este procedimiento se realiza el implante de uno o varios embriones en el vientre de la madre, permaneciendo de tal manera los demás indefinidamente congelados en el laboratorio, a la expectativa del resultado del embarazo. Si éste llega a adecuado término, el futuro se torna verdaderamente incierto para ellos, porque ya no será necesario el implante de más embriones

en el vientre de la madre y es así como es como quedan “sobrando” muchos embriones, denominándose a éstos, embriones "supernumerarios". (Jáuregui, 2010).

Por consiguiente, las cuestiones que se plantean son ¿Qué ocurre con estos embriones supernumerarios?, ¿Qué ocurre con éstas vidas humanas que perduran crioconservadas en los laboratorios, acumulándose en gran número?

En el Perú, no existe una Ley que sistematice las Técnicas de Reproducción Asistida. No obstante, hay diversos Centros Particulares que realizan procedimientos de Reproducción Asistida de mayor y menor complejidad y se rigen fundamentalmente a través de la autorregulación. (Siverino, 2010, p. 30).

Según el Boletín de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico (2012), señala que el Tribunal Constitucional del Perú ha determinado que la concepción se origina con la unión de las células maternas y paternas, por lo que se da inicio a una nueva célula que instituye el origen de la vida de un nuevo ser. (p. 10-11).

Por otro lado, según el fallo del Décimo Quinto Juzgado Especializado en Familia de Lima, en el Expediente N° 183515-2006-00113, referido al caso de impugnación de maternidad, de los seis embriones que se fecundaron, tres fueron transferidos a la señora Carla See, y los tres restantes fueron congelados.

Los hechos son los siguientes: la señora Carla Monic See Aurish (en adelante Carla See) y su esposo desean tener hijos, pero cuando ella consulta a su médico este le informa que, debido a que la señora Carla See padece insuficiencia renal e hipertensión arterial, un embarazo pondría en riesgo su vida. Es en ese contexto que los esposos deciden recurrir a la fecundación in vitro, utilizando su propio material genético, y contando además con la madre

de la señora Carla See, la Sra. Jenni Lucero Aurish de La Oliva (en adelante Jenni Aurish), quien lleva adelante la gestación de su nieta. Al nacer la niña, es anotada en la Clínica Miraflores como hija de la Sra. Jenni Aurish y su yerno, el padre de la pequeña. Debido a ello, la madre genética interpone una acción de impugnación de la maternidad. La jueza de la causa reconocerá entonces que si bien en principio la accionante no estaría legitimada, en la medida que la impugnación de la maternidad procedería en caso de suplantación del hijo o simulación del parto, considera que, dado que media una fecundación in vitro, el concepto tradicional de maternidad resulta obsoleto, y el derecho genético “crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad”.

Es en ese contexto, la jueza ordena, a fin de determinar con certeza la maternidad de la niña, una prueba de ADN. Siendo esta prueba favorable para la señora Carla See, la juzgadora responsable de este proceso se pregunta quién debe ser aquí emplazada como madre: la madre genética o la gestante. La magistrada considera que no existe prohibición respecto de la maternidad subrogada, y por ende, se trata de una conducta lícita; y además, que la determinación de la filiación biológica, sumada al acto altruista y amoroso de la abuela de gestar a la nieta en favor de su hija y su yerno, se define a favor de la madre genética, la señora Carla See. En mérito a ello, hace lugar a la acción.

Sin embargo, este caso tiene un giro inesperado. Enterada la jueza en el curso del proceso que de la fecundación in vitro se lograron seis embriones, de los cuales se implantaron tres y se crioconservaron los otros tres, interpreta que en el ordenamiento jurídico peruano la única solución válida, ética y legalmente, dado que estaríamos frente a sujetos de derecho desde la fecundación, dispondría el uso de los embriones por la propia mujer y su pareja.

La defensa de la dignidad del embrión supernumerario como sujeto de derecho exige entonces en opinión de la jueza que se tomen las medidas adecuadas para “hacer efectivo su derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño”. Por ello la magistrada ordena que, en el curso de dos años desde la sentencia, los justiciables hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación In Vitro de sus ovocitos y espermatozoides, que se encuentran vivos y congelados en la Clínica de Miraflores, sea mediante implantación en el vientre materno de doña Carla See Aurish o una subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro. Que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran precitado mandato, cursar oficios al Juzgado de Familia Tutelar respectivo y al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el "Derecho a la vida" que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica.

Por éstas circunstancias, y conforme lo establece el artículo 1° del Código de los Niños y Adolescentes, *“El niño y el Adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción”*, garantizando, la mencionado normatividad, la existencia del concebido, resguardándolo de manipulaciones o experimentos genéticos opuestos a su total integridad y desarrollo físico y mental, se adoptaron medidas destinadas a forjar valer los derechos primordiales de los embriones congelados, como el derecho a la vida, derecho a su integridad, derecho a desarrollarse en el seno de un hogar, etc.; además de hacer efectivo el derecho a la vida que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del Artículo 2° de la Constitución Política del Estado. (Coronel, 2013, p. 5)

1.2. Formulación del problema

¿Es fundamental la protección jurídica de los embriones supernumerarios resultado de la crioconservación en la Legislación Peruana?

1.3. Justificación e importancia

Las investigadoras desarrollaron esta investigación teniendo en cuenta que, actualmente, existe un gran problema entorno al número de embriones que no son implantados en el vientre de la madre, ocasionados en la aplicación de la fecundación in Vitro, los mismos que, se encuentran congelados a fin de ser conservados para una próxima utilización en fecundación o en la mayoría de casos, sin un destino preestablecido; sin tener presente los derechos fundamentales de los embriones congelados.

Por consiguiente, consideramos que es preponderante la elaboración de una propuesta legislativa que solucione esta problemática, proponiendo una respuesta normativa que determine los límites de la técnica de crioconservación.

La elaboración de una propuesta legislativa, además de establecer los límites de la técnica de crioconservación, contribuirá al amparo de los embriones congelados, reconociéndoles una protección jurídica con políticas de seguridad, amparo y destino determinado. Motivo por el cual, consideramos que, a través de este estudio, se pretende dar una pronta respuesta a esta problemática.

1.4. Hipótesis

Sí es fundamental la protección jurídica de los embriones supernumerarios resultado de la crioconservación, ya que es un derecho

inherente y fundamental que el Estado debe reconocer como tal, entonces al promulgar una norma que regule específicamente el tipo de protección que se les debería reconocer a los embriones supernumerarios, se les estaría protegiendo su vida humana y sobre todo garantizar su libre y normal desarrollo de vida.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General:

Elaborar una propuesta legislativa que permita la protección jurídica los embriones supernumerarios resultado de la crioconservación en la Legislación Peruana.

1.5.2. Objetivos Específicos:

- a) Analizar el Derecho a la vida, como Derecho Humano Fundamental, que le ha sido vulnerado a los embriones supernumerarios resultado de la crioconservación en el Perú.
- b) Examinar las diversas regulaciones legales planteadas en los diferentes países respecto de la protección de la vida humana de los embriones supernumerarios resultado de la crioconservación.

II. MARCO REFERENCIAL

2.1. Antecedentes de la investigación

(Russo, 2011) en su tesis titulada “El Incierto futuro de los embriones criocongelados en la legislación Nacional” sostiene que los embriones no mueren del mero hecho de descongelarlos, sino por recibir un trato no adecuado, debido a que el proceso de descongelamiento causa daños a los embriones, que no pueden ser valorados en el momento de llevar a cabo el procedimiento, sino luego, mientras se produce su desarrollo vital (p. 54).

Mora. (2015). En su investigación titulada “Embriones criocongervados como sujetos de derecho. Lineamientos generales para la inclusión de la institución de la adopción prenatal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, Ecuador; en su investigación descriptiva-analítica, sostiene que, con el inicio de la vida, desde la concepción, urge la necesidad de normar la situación jurídica del que está por nacer, ya que son un conjunto de personas indefensas y ajenas al círculo normativo.

Gabardi. (2010). En su tesis titulada “Embriones humanos: Entre el vacío legal y la desmedida manipulación”, Argentina, señala la urgencia de una norma legal a nivel Nacional con el propósito de delimitar y definir las Técnicas de Fecundación Asistida que, si bien han formado un gran avance de la ciencia y han dado soluciones significativas a problemas para algunas parejas que no han obtenido concebir de manera natural, y que hoy en la actualidad ya es viable con estas técnicas de reproducción asistida; pero que al ser congelados los embriones supernumerarios con el objetivo de su conservación, son situados en un estado de abandono e incertidumbre jurídica.

Siguiendo con el marco latinoamericano tenemos que, en México, además de contar con una Ley General de Salud, cuenta con su reglamento de la Ley

General de Salud en materia de Investigación para la Salud; las cuales se complementan en una medida que al no nacido lo protegen de investigaciones que pudieran afectar su crecimiento y desarrollo o que lo expongan a un riesgo, a excepción de la intervención que se tenga que hacer para salvar la vida de la madre.

Por otro lado, en Alemania existe una Ley de Protección de embriones, en el cual se establece en su artículo 2º que será reprimido con pena privativa de libertad aquel que utilice de manera abusiva los embriones humanos. La ley alemana también prohíbe la extracción de más ovocitos de los necesarios, así como la fecundación de más de tres de ellos cada vez. Los ovocitos fecundados deben ser transferidos a la madre genética a fin de evitar el exceso de embriones, mientras la crioconservación de embriones sólo se admite cuando es absolutamente necesario suspender la transferencia a la madre.

Con respecto a Italia tenemos que, la Ley Italiana N° 40, del 10 de febrero de 2004, es muy estricta ya que en su artículo 14º inciso 1) prohíbe la crioconservación y la destrucción de embriones, y por eso prevé que “Las técnicas de producción de embriones (...) no deben crear un número de embriones superior al estrictamente necesario para una única y simultánea transferencia y que en ningún caso debe ser superior a tres”.

En Perú, como ya lo habíamos mencionado, en el Expediente N° 183515-2006-00113, el juez, en la parte resolutoria de la sentencia, dispuso lo siguiente:

- a) Conceder el término de dos años para que los progenitores de los “concebidos” realicen positivo el derecho a la vida que tienen los embriones concebidos resultados de la fecundación In Vitro, que se hallan crioconservados, ya sea a través de la implantación en el vientre materno o en el vientre de una tercera persona sin fines de lucro.

- b) Disponer que vencido dicho plazo, si los progenitores no efectuaran la antedicha disposición, se curse oficios al Juzgado de Familia Tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, a efecto de que se dé a origen al proceso protector de abandono de los embriones supernumerarios y logren concederse en adopción a progenitores suplentes, a fin de realizar positivo el Derecho a la vida.

La mencionada sentencia fue discutida, debido a que en el Perú, aún no se normaliza una Ley de Reproducción Humana Asistida, que regule éstas circunstancias reales; por lo que consideramos, es de gran necesidad la existencia de una normatividad legal que regule lineamientos o disposiciones relacionados a los que la jueza emitió en su resolución de sentencia antes mencionada. Además, en esta normatividad legal, a nuestra consideración también se debe estipular los límites con los que se deben contar para la aplicación de la Técnica de crioconservación, con respecto a la protección del derecho a la vida de los embriones supernumerarios.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Peruano, en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, sobre el derecho a la vida, en su tercer fundamento, señala que el reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a constituir lo que hoy se denomina Estado constitucional democrático y social. Los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética de los derechos fundamentales, en tanto manifiesta concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente

al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado, tal como lo estipula el artículo 1° de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, la Sentencia N° 01535-2006-PA del Tribunal Constitucional Peruano, en su fundamento N° 83, señala que el cumplimiento de este valor supremo presume la vigencia absoluta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se instituye en el presupuesto existente para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.

También, el Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que nuestra Constitución, ha establecido que la protección de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está considerada como un valor superior, y el Estado está en la obligación de protegerla.

2.2. Teorías relacionadas al tema

2.2.1. Subcapítulo I: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

El principio tradicional seguido por el derecho *in genus es el mater semper certa est*, puesto que el parto debidamente acreditado es el hecho que atribuye de pleno derecho la maternidad. El parto sigue al vientre, *partus sequitur venter*, razón por la cual, la maternidad en sentido biológico, es siempre cierta. Esto, como dice (García, 2014), se sustenta en una suposición que el parto culmina con el proceso iniciado con la fecundación del óvulo y desarrollado *sin interrupción alguna*, detectándose una suerte de *presunción tácita*: la ley presume que la mujer da a luz al hijo que concibió con su óvulo.

Anteriormente, la única opción que existía ante la imposibilidad de concebir un bebé de modo natural, era la adopción. Debido a los avances tecnológicos, a través del tiempo, la ciencia comenzó a evolucionar y de manera directa benefició a aquellas personas, que no podían procrear, creando las técnicas de reproducción asistida, éstas causaron un gran impacto a nivel internacional, y empezaron a ser utilizadas sin tener presente sus características, efectos o complicaciones; lo más importante, era la posibilidad que ofrecían de convertir a las parejas en padres.

2.2.1.1. Relevancia jurídica

Solo se trata de restricciones éticas al contrariar instituciones jurídicas como el parentesco, la filiación, el ejercicio natural del derecho reproductivo, pero, como actos médicos, carecen de sanción penal. En buena cuenta son actos no arreglados a derecho, ni a la moral, pero al no estar tipificados en la ley penal no son delito, ni falta, *nulla crimen, nulla poena sine praevia lege*. Lo delictual se produce cuando hay fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos (arts.143 a 145 del Código Penal), tendientes al tráfico de niños como es reconocido y así perseguido (Heydegger, 2017).

Debe considerarse que la ley peruana, en especial la Ley General de Salud, no se ha pronunciado sobre la madre sustituta. Cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida, la maternidad genética coincide con la biológica. La madre lo concibe y lo gesta, restando solo entrega. La prohibición indicada en la Ley General de Salud resultaría inaplicable, pues ambas maternidades guardan equidad. Lo ilícito se generaría con la vulneración del

Código Civil en su norma citada (art. 409° del CC). (Heydegger, 2017).

Muchas legislaciones, incluso modernas como la de Argentina, consideran que la maternidad corresponde a la mujer que gesta y que dio a luz, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra, tendencia reconocida en innumerables criterios judiciales a nivel mundial.

2.2.1.2. Concepto de embrión humano

Desde un enfoque orgánico, existen tres estadios de desarrollo: cigoto, embrión y feto. El cigoto es el inicial estadio de vida y surge tras la unión del óvulo (gameto femenino) y espermatozoide (gameto masculino). Cuando se unen los gametos se forma una nueva célula, esto es lo que se conoce como cigoto.

Al otro día siguiente, se ocasiona la primera división por lo que dimite de denominarse cigoto y pasa a ser embrión.

El embrión se delimita como el organismo producido durante los preliminares estadios de proceso del cigoto, teniendo en cuenta que, en el género humano, la fase embrionaria perdura a partir de la fecundación hasta las seis semanas, pasando a partir de entonces y hasta el momento del nacimiento, a denominarse feto. (Cárcaba, 1995, p. 147).

Por embrión humano, también se concibe como el fruto de la concepción durante los tres iniciales meses, desde los cuales adquiere el nombre de feto. (Salvat, 1984, p. 507).

Según, nuestro Código Civil Peruano, en el artículo 1 prevé: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción”.

Finalmente, cuando la gestación alcanza a la semana 8, se concluye el periodo de embrión y empieza la etapa fetal. Se entiende que el feto es “la descendencia nonata en el período pos embrionario, después que se han bosquejado las estructuras principales, en el ser humano desde la séptima u octava semana después de la fecundación hasta el nacimiento”. (Emalsa, 1985, p. 618).

2.2.1.3. Efecto jurídico de las Técnicas de Reproducción Asistida

Las Técnicas de Reproducción Asistida han alcanzado a nivel universal un gran éxito, siendo calificadas de gran avance científico, tecnológico y bioético para afrontar la infertilidad, esterilidad u otros inconvenientes que les impide a las personas ser progenitores.

Pero, esta solución generó varias opiniones a favor y en contra por hallarse en discusión valores, costumbres y ética de las personas.

Respecto a los argumentos a favor, sostienen que “ayuda a la paternidad o a la maternidad” (Luna, 2008, p. 20) ya que ofrece las posibilidades de ser padres a aquellas personas que no pueden serlo de forma natural, teniendo en consideración que es un derecho y puede ser ejercido mediante estas técnicas. En cuanto a la doctrina pluralista considera que, “no obliga a nadie a realizar una práctica con la que desacuerda” (Luna, 2008, p. 20), es decir, que aquellas personas que tienen algún inconveniente para la reproducción y que, por sus valores y costumbres no estén de acuerdo con estas técnicas,

no son obligados a utilizarlas y someterse a ellas, ya que su consentimiento y voluntad es lo que prima para acceder a las mismas.

En cuanto a los argumentos en contra, se encuentra la Doctrina Natural que “señala que la gestación se realiza por medios mecánicos o tecnológicos o por contratos sociales, sin amor” (Luna, 2008, p. 21).

Debido a que la Fecundación in vitro es una técnica que necesita en gran porcentaje de la intervención de la ciencia, impidiendo así que se generen procesos naturales como es la fecundación de los gametos femeninos y masculinos en el seno materno, lleva a ser considerada como una técnica mecánica utilizada sin subjetividad.

Finalmente, se encuentra el “argumento de la posibilidad de adopción” (Luna, 2008, p. 25), es la esperanza de una pareja de ser progenitores biológicos, dejan de lado la posibilidad de adoptar a un niño que se encuentra en desamparo, abandono y en la necesidad de tener un hogar y una familia de quien recibir amor y protección, para someterse a una Técnica de Reproducción Asistida.

Gran número de la doctrina y jurisprudencia del mundo está en contra de estos métodos y técnicas que se usan para obtener su efectividad, generando un descarte de gametos fecundados, elecciones de los mismos, y principalmente, presentándose un enorme vacío legal en la regulación de la misma, dejando de lado varias cuestiones importantes relacionadas con la misma que no solo afecta el ámbito jurídico sino también el ético y moral.

2.2.1.3.1. Ley General de Salud Peruana N° 26842

El 09 de julio de 1997, durante el segundo gobierno del Presidente Alberto Fujimori Fujimori, se promulgó La Ley General de salud, la cual consta de 6 Títulos, 10 Capítulos 137 artículos y 6 disposiciones Transitorias. Los Títulos de la Ley General de Salud, son sobre los deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual y a la salud de terceros, del fin de la vida, de la información en salud y difusión, de la autoridad de salud y de las medidas de seguridad, infracciones y sanciones.

La promulgación de esta ley se realizó en un gobierno dictatorial; razón por la cual la propuesta de la ley careció de participación ciudadana y de las instituciones del país.

Por otro lado, el enfoque de la ley esencialmente está referida a la atención de la salud con énfasis en la enfermedad, en lo que respecta al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Un aspecto importante que tiene relación con nuestra investigación es el artículo 7 del Capítulo I De Los Derechos, Deberes Y Responsabilidades Concernientes a La Salud Individual, el cual señala que “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”

Es de apreciarse que La Ley General de salud solo contiene un artículo sobre el derecho al acceso a las Técnicas de Reproducción Asistida, siempre que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona; mas no señala cuáles son las Técnicas de Reproducción Asistida, con sus respectivos parámetros de aplicación y tampoco señala el organismo que controlaría a los Centros Médicos que realizan la Reproducción Asistida. Razones por las que es importante y necesario la protección jurídica por parte del Estado a los embriones supernumerarios a través de la promulgación de una ley con la que se controle y determine la cantidad de embriones que se van a procrear, y el destino de los embriones supernumerarios criopreservados.

2.2.1.4. Problemas que presenta la Técnica Criopreservación

La problemática que se suscita, es disponer cuál será el destino de los embriones supernumerarios.

Otro inconveniente que surge, es el plazo máximo de congelamiento de los embriones, debido a que no existe legislación nacional que lo establezca, dejando el tema en total desconcierto, al criterio de los reglamentos de los diversos institutos que realizan el procedimiento.

El cardiólogo Roges Machado (2008), explica que la criopreservación logra causar perjuicios al embrión, permite beneficiar a la comercialización, la manipulación y utilización genética y una “adopción sesgada por intereses ajenos a la solidaridad o el deseo de familia”.

En conclusión el embrión crioconservado se encuentra en un estado indefinido, con la incertidumbre de cuándo continuará su vida si es que lo hace, y si podrá desarrollarla normalmente. La crioconservación indefinida, es contraria a la dignidad humana pues detiene el desarrollo biológico natural que merece todo ser humano por su carácter de tal, exponiéndolo a lesiones inciertas y graves, privándolo de la acogida materna, beneficiando a terceros en desmedro de la vida que surge, poniendo de relieve las verdaderas intenciones. Es una decisión de poder que se impone sobre la vida del más débil e indefenso.

2.2.2. Subcapítulo II: Embrión crioconservado in vitro

El avance en las distintas técnicas y procedimientos de la fecundación in vitro para alcanzar su efectividad, hacen que queden desamparado varios aspectos de la mismas, sin tener ningún tipo de regulación jurídica. Existe un gran desacuerdo entre las distintas doctrinas, cuando se encuentran en discusión el tema de los embriones crioconservados in vitro. Hay quienes lo consideran contrario al derecho y la moral, negando que sean personas los embriones congelados, en contraposición a quienes sostienen que son seres humanos y por lo tanto deben ser respetados sus posibles derechos.

En un pronunciamiento, de la Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente, en la CAS. N° 4323-2010-LIMA, que se emitió en el marco del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual revocó la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformándola la declaró fundada, al considerar que la ovodonación, realizada en mérito a los documentos denominados Convenio de realización de técnica de reproducción asistida y autorización de fertilización in vitro y transferencia embrionaria, es un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7° de la

Ley General de Salud; sin embargo, el Tribunal Supremo sostuvo que si bien la ovodonación es un procedimiento que no se encuentra legislado, su práctica no deviene en ilegal en virtud al axioma jurídico que todo lo que no está prohibido está permitido (Instituto de Ginecología y Reproducción, 2014).

2.2.2.1. Concepto del embrión crioconservado

El Código Civil Peruano, hace referencia que cuando se produce un embarazo de modo natural, en el vientre de la madre se comienza a desarrollar un embrión, producto de la unión de gametos femeninos y masculinos, el mismo desde su concepción será considerado persona, y por lo tanto, adquiere sus propios derechos.

Contrario a ello, surge el concepto de embrión crioconservado in vitro, aquel que se obtiene a mediante el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, precisamente de la Fecundación in vitro. En contraste de la reproducción natural, en donde la concepción y su desarrollo transitan en el seno materno, aquí ocurre que de manera artificial la fecundación se produce en probetas de laboratorios y hasta no alcanzar un grado de formación no es trasplantado en el vientre de la mujer. Frente a esta situación surge el interrogatorio que si son considerados embriones y por lo tanto persona desde esa concepción en las probetas o recién en el seno materno. (Michelli, 2016, p. 15).

Una parte de la doctrina considera que un embrión es un ser humano y se debe respetar sus derechos, ya que si bien en principio es un conjunto de células con un potencial material genético, al pasar los días y meses se irá desarrollando y creciendo hasta el momento de su alumbramiento como un ser humano, por lo tanto, desde su concepción en el vientre deben ser reconocidos sus derechos como a

cualquier persona. No significa que adquiriera la totalidad de los derechos que le sean susceptibles a una persona nacida, pero si los fundamentales y los que aseguren su integridad y respeto desde su concepción. (Michelli, 2016, p. 16).

Otros consideran que es un ente intermedio, es decir, no es una persona ni una cosa, aunque juzgan inaceptable la libre disponibilidad de ellos en caso de destrucción, y de no existir ninguna causa de justificación de tal accionar. Merecen una protección progresiva porque en su futuro serán personas humanas con potenciales derechos y obligaciones. (Michelli, 2016, p. 16).

Por último, la doctrina minoritaria lo asimilan a una cosa mueble, un tejido humano extracorpórea, susceptible de aprehensión y de ser cosa del derecho de propiedad de la persona, es decir, no considera que sea una persona con capacidad de adquirir derechos y que se lo respete como tal, siendo que se encuentra en un estado indefenso. (Michelli, 2016, p. 16).

2.2.2.2. Destinos de los embriones crioconservados

A través de la crioconservación se logró que aquellos embriones que por el momento no eran implantados en el vientre de la mujer, permanezcan crioconservados en probetas de laboratorio, existiendo un gran número, por medio de técnicas de crioconservación que merecen tener un destino, ya que no todos cumplen con su fin primordial, otorgar a la pareja la posibilidad de convertirse en progenitores.

Actualmente, un porcentaje mínimo de ellos son reutilizados por sus familias, por ejemplo, cuando el primer implante fracasa o

con el fin de concebir otro hijo. Pero otro gran porcentaje de estos embriones, queda a la espera de un destino, de una decisión de qué hacer con ellos, pudiendo optar por su destrucción, adopción por otras familias, o destinados a experimentos y análisis por parte de la ciencia. Esto genera una gran incertidumbre, y necesidad de regular este aspecto para que no sea adopten decisiones arbitrarias y que resulten contrarias al derecho, la moral y buenas costumbres.

2.2.2.3. Destrucción del embrión

Es el destino que mayormente siguen los embriones, ya sea por la imposibilidad de continuar económicamente con su conservación por parte de la pareja a la cual pertenecen, mueren al ser descongelados para su implantación luego de un periodo prolongado de crioconservación o bien se procede a su descarte, porque ha transcurrido el tiempo máximo de conservación sin que se les haya dado un destino o por ser ésta la voluntad de la pareja.

2.2.2.4. Adopción y donación del embrión

La diferencia entre adopción y donación es que en la donación, los embriones provienen de parejas que los han concedido explícitamente y por escrito a otras parejas; y en la adopción, no han escogido elección de destino de los mismos y quedan custodiados y guardados legítimamente por el Centro en el que se practicó la Técnica de Crioconservación.

La donación o adopción, son consideradas como posibles destinos frente aquellos embriones que quedan crioconservados, con la esperanza que se puedan seguir desarrollando en un seno materno y así, lograr garantizar el derecho a la vida. Esto permite que una

pareja con problemas de fertilidad, puedan convertirse en padres. De esta manera, significa una gran oportunidad para alcanzar sus metas y porque a su vez en cuanto a lo económico es más accesible y evita que las personas deban someterse a muchos tratamientos, que en varias situaciones generan diversos trastornos psíquicos y físicos.

2.2.3. Subcapítulo III: Derecho Fundamental relacionado con los embriones crioconservados

En la actualidad, todos los individuos poseen un conjunto de derechos, los mismos que deben ser respetados y amparados ante cualquier situación de vulneración de ellos. Entre los diversos derechos que guardan relación directa con la fecundación in vitro, tenemos al derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad, el derecho a ser tratado como persona; los cuales están establecidos y amparados por todas las Legislaciones Nacionales, por los Tratados Internacionales, las Convenciones Internacionales, los Pactos, entre otros.

2.2.3.1. Derecho a la vida

El derecho a la vida es uno de los más importantes y relevantes básicamente del conjunto de derechos; es la probabilidad que poseen todas las personas de nacer y a desarrollarse sin que nadie se los prohíba e impida. Es imprescindible que haya vida, y que los seres humanos se reproduzcan a fin de que ellos mismos consigan ejercer los derechos que se les atribuyen. (Michelli, 2016, p. 40).

La vida empieza a partir del instante de la concepción entre los gametos masculinos y femeninos; los cuales se unen para crear un futuro embrión, él mismo que se desarrollará hasta que llegue el momento de su nacimiento.

El derecho a la vida, es considerablemente amparado por los Tratados Internacionales que protegen los Derechos Humanos. En la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 4, prevé que se debe respetar la vida de toda persona desde su concepción, sin ser prohibida o restringida injustamente. Asimismo en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se sistematiza el derecho a la vida y su defensa, similar que en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Michelli (2016) señala que por la gran importancia que se otorga a este derecho, es que se cuestiona el hecho de no decretarse todo lo concerniente a los embriones criopreservados, considerándoles como personas, como seres con vidas, debiendo ser protegidos. (p. 41).

Si se considerara que los embriones supernumerarios que se producen en laboratorio, son personas, y que por ende constituyen una vida a partir de su concepción, les corresponderían todos los derechos que les corresponde a las personas, impidiendo sean manipulados o que se apliquen sobre los mismos, todo tipo de método y proceso, que en varios casos concluyen con su muerte definitiva.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, su artículo 1º dispone que “el derecho a la vida lo tiene todo ser humano, fundido a su derecho a vivir libremente y a su integridad, lo cual forjaría imposible pensar en perjudicar si quiera al embrión aunque sea al contenido en una probeta”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 6º establece que “El derecho a la vida es

inherente a la persona humana. Este derecho estará amparado por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida injustamente”.

Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone en su artículo 4º, inciso 1, que “Toda persona posee derecho a que se respete su vida. Este derecho quedará amparado por la ley y debe otorgarse desde el momento de la concepción. También, en su artículo 5º, inciso 1, señala: “Toda persona goza derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”; y en el artículo 11º, inciso 1, prevé que “Toda persona tiene derecho al respeto de su hora y a la identificación de su dignidad”.

El derecho a la vida se encuentra señalado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, siendo un derecho universal que le corresponde a todo ser humano, al mismo tiempo es imprescindible para poder ejercer los otros derechos universales que se emanan de éste.

2.2.3.2. Inicio de la vida

Chieri, P., & Zannoni, E. (2001) señalan que “la unión de ambas informaciones genéticas da parte al material genético del hijo; por ende, cada persona es única en su información genética, por ello es el término de singularidad biológica”.

En relación, en el Plenario Académico elaborado el 30 de septiembre de 2010, la Academia Nacional de Medicina ha estimado que el niño por venir al mundo, biológica y científicamente es un ser humano, siendo que su existencia empieza al instante de su concepción, por lo que, desde la perspectiva jurídica es un sujeto de

derecho tal como lo contempla la Constitución Política y los Tratados Internacionales. (Vargas Díaz, 2012, p. 4).

2.2.3.3. Teorías sobre el inicio de la vida

El Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC – LIMA, en su fundamento 4.2 de la sentencia, señala que, “desde el enfoque de la ciencia médica se encuentran diversas teorías que ansían determinar el momento en el que empieza la vida humana”.

Algunos suponen que la vida humana se inicia a partir del instante en que se da origen a la actividad cerebral. No obstante, las teorías más importantes que han sido considerablemente discutidas, según el Expediente N° 02005-2009-PA/TC – LIMA, son la Teoría de la Fecundación, y la Teoría de la Anidación.

- a) La Teoría de la Fecundación se fundamenta, en que la concepción y por consiguiente el origen del proceso vital se da origen con la fecundación. Es decir, la fecundación se inicia con la unión del espermatozoide en el óvulo, y finaliza luego con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

Correa y Mosso, defensores de esta doctrina, sostienen que hay vida desde el instante en que los dos gametos se unen; es decir, cuando el espermatozoide se introduce en el óvulo, hay una nueva vida, un nuevo ser humano, independientemente que este proceso se de en el seno materno o fuera del mismo, es aquí cuando se encuentra reunida toda la información necesaria para la formación de un individuo.

b) La Teoría de la Anidación, considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al séptimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado en blastocisto empieza adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación.

El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se da la concepción, cuyo producto, el concebido, sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre.

2.2.3.4. Posición que adoptan las autoras: Teoría de la fecundación

El cuerpo del ser humano está formado por millones de células que se reproducen constantemente para sustituir a las que mueren por concluir su ciclo de vida; pero, la pregunta es ¿Desde cuándo se es un ser humano?

Al respecto el profesor Jérôme Lejeune (1993), catedrático de Genética de la Universidad de la Sorbona, afirma que “existe un ser humano desde el momento mismo de la fecundación, desde el instante en que a la célula femenina le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide”.

Zamora (2016) señala que “la vida humana inicia con la concepción, ilustrada como la unión del óvulo femenino con el espermatozoide masculino, que se forma a las cortas horas del coito sexual”.

Es claro para nosotras que la vida humana inicia desde el momento de la penetración del espermatozoide en el ovulo; es decir de la unión de dos células distintas, se forma un nuevo ser individual y autónomo; y desde ese mismo momento están presentes todas las propiedades biológicas y genéticas de aquel nuevo ser humano. Por lo que nos atrevemos afirmar que desde la fecundación estamos frente a una persona, toda vez que durante su desarrollo vital sólo completa sus potencialidades presentes desde el inicio.

Razón por la cual se debe descartar la posibilidad de creer en un antes y un después del ser humano, pues no existe ninguna transformación principal por la cual el cigoto, embrión o el feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción. Se es ser humano a partir de la concepción hasta la muerte.

En esta línea de ideas, el concebido no constituiría cosa o mueble, y tampoco se podría hablar de un titular con disposición libre del concebido, siendo por ende, no transferibles comercialmente.

En consideración a estas afirmaciones, en donde se ha explicado que el embrión, producto de la Concepción del ovulo y espermatozoide generan vida, y por tanto debemos tener ciertos reparos en su tratamiento; pues creemos que debiera darse un tratamiento especial en atención a la innegable dimensión ética, moral y jurídica que conllevan.

En esta misma línea, el Consejo de Europa, mediante Resolución Número 4376, en Asamblea del 4 de octubre de 1982, estableció que la ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción y que en este mismo momento están presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano.

El civilista Varsi Rospigliosi (2016) sostiene que el origen de la vida humana y, por consiguiente, de su protección legal, es desde la concepción y no a partir de la anidación.

La vida humana empieza con la concepción, tal como indica el Artículo 1° del Código Civil Peruano. El Código y las principales normas legales consideran, en el mismo sentido que, el inicio de la vida y, desde luego, su protección jurídica, empieza en dicho momento. Así también tenemos, la Constitución Política en su Artículo 2° inciso 1, la Ley de Política Nacional de Población en su Artículo IV inciso 1, la Ley General de Salud en su Artículo III del Título Preliminar. Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes es más detallado y hace dicha mención en sus normas preliminares (art. I).

La concepción es el punto de inicio de la vida humana, además de la protección jurídica en su total y plena dimensión, lo cual ha sido revalidado por el Tribunal Constitucional Peruano, sosteniendo que el inicio de la vida humana se da con la concepción, mas no con la anidación: (...) este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células paterna y materna, con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser, y que podrá, de no interrumpirse su proceso

vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio.

El acto biológico de la concepción es para el Derecho un hecho jurídico que genera un sujeto de derecho, denominado concebido (nasciturus), digno de la más alta protección.

El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4°, inciso 1 indica que “toda persona goza del derecho a que se respete su vida, este derecho estará amparado por la ley y desde el instante de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida injustamente”. Como podemos observar, la Convención Interamericana de Derechos Humanos indica que el inicio de la vida se da a partir del momento de la concepción, asimismo, el Código Civil peruano se suscribe a esta postura, pues en su artículo 1°, establece que “la vida humana inicia desde la concepción”, dicho de otra manera, desde el instante de la concepción se requiere de una total protección y amparo jurídico por parte del Estado.

2.2.3.5. Posición de la Doctrina Nacional respecto al inicio de la Vida

El artículo 1° del Código Civil Peruano estima a la concepción como el preciso instante del inicio de la vida que va admitir, además de la unión del gameto masculino al femenino (es decir la fecundación), la constitución del embrión, seguidamente de su implante y anidación en el útero maternal; siendo un principio establecido en el Código por el cual la vida humana empieza con la concepción, el cual debe entenderse como el inicio de la gestación. (Monge Talavera, 2010, p. 96).

De igual forma se indica que “el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el momento mismo de la concepción, es decir, desde el inicio de la fecundación del óvulo con el espermatozoide” (Fernández Sessarego, 1992, p. 30).

2.2.3.6. El concebido como sujeto de protección jurídica

El Código Civil Peruano de 1852, establecía en su artículo 1° que “La persona, según su condición natural, es nacida o por nacer”, y en el artículo 3° que “al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece”; agregaba también en el artículo 4° que “El nacido y el que está por nacer requieren para guardar y transferir estos derechos que su nacimiento se identifique pasados seis meses de su concepción, que existan al menos veinticuatro horas y tenga figura humana”.

El proyecto de Código Civil Peruano de 1890 era más conciso y exacto al instituir en su artículo 149 que “la persona, según su estado natural, es concebida o nacida”, agregando que “al concebido se le considera nacido para todo lo que le favorece”.

Por otro lado el Código Civil Peruano de 1936 no utilizaba el término “concebido”, como se establecía en el proyecto antes comentado, sino que instituía que “El nacimiento establece la personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece, a posición de que nazca vivo”.

El Código Civil Peruano de 1984, en el artículo 1° expone que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”, adicionando que “la vida humana empieza con la concepción”, y que “El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”.

En otro orden de ideas, el Decreto Legislativo N° 346 – Ley de Política Nacional de Población, estipula en el artículo IV inciso I del Título Preliminar que “La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida” y que “El concebido es sujeto de derecho desde la concepción”.

La Ley N° 26842 – Ley General de Salud, cuyo título Preliminar, artículo III, prevé que “toda persona tiene derecho a la protección y amparo de su salud en las condiciones y términos que establezca la ley...”, así como que “El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”.

El Código Sanitario, Decreto Ley N° 17505, estipulaba en el artículo 17° que “Con la concepción empieza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestación vislumbra a la madre y al concebido”; agrega asimismo, el artículo 31°, que “Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le concierne un esmerado cuidado de la salud...”; por otro lado, en el artículo 113° convenía que “Las acciones de salud advierten al hombre desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de conforman su ciclo vital”.

El Código de los Niños y Adolescentes asegura la vida del concebido, resguardándolo de manipulaciones y experimentos genéticos contrarios a su integridad y desarrollo físico o mental”.

Tanto para la normatividad internacional como la nacional resulta indudable que la vida es protegida y amparada desde la concepción; siendo desde una configuración del Derecho aplicable a nuestro país.

Cabe resaltar que existe una normativa, en la actualidad vigente, que implica su postura en torno al momento desde el que se debe ofrecer atención y protección al ser humano, fijándose a partir de la fecundación; nos referimos al documento llamado “La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud”, aprobado por Resolución Ministerial N° 729-2009-SA/DM, como “marco conceptual referencial que estipula las estrategias y acciones para que se garantice la complacencia de las necesidades de salud de las personas, la familia y la comunidad”.

En el mencionado documento prevé que “cada Programa de Atención Integral de Salud, domina un objetivo por cada etapa de vida los cuales se establecen de la siguiente forma: Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que vislumbra desde la fecundación hasta los 9 años”. La misma disposición supone al “Niño por nacer: desde la fecundación hasta antes del nacimiento”.

En tal sentido, el Consejo de Europa instituyó lo siguiente “La ciencia y el sentido común comprueban que la vida humana empieza en el acto de la concepción y que están presentes en potencia todas las propiedades genéticas y biológicas del ser humano”.

2.2.4. Subcapítulo IV: El Contrato en la Técnica de crioconservación

2.2.4.1. Noción general de Contrato

Según la Real Academia de la Lengua Española, el contrato es el “pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.”

En términos generales al contrato se le podría definir como aquel acuerdo entre dos o más partes que conlleva a contraer derechos y obligaciones para el efectivo cumplimiento de lo acordado y si es el caso ejerciendo fuerza cuando exista riesgo del incumplimiento.

El artículo 1351° del Código Civil, define al contrato de la siguiente manera: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”

Es decir, el contrato es aquel acto jurídico en donde se realiza la exteriorización de la manifestación de voluntad de ambas partes, que en ejercicio de su autonomía privada deciden realizar un pacto oneroso, cuyas prestaciones y contraprestaciones deberán desarrollarse en el futuro o que estará destinado a ejecutarse inmediatamente después de su constitución para lograr la perfección del acuerdo.

Nuestro Código Civil establece que el contrato puede formalizarse para crear una figura jurídica, regularlas a conveniencia de las partes y de modificarlas o extinguirlas de ser el caso, ya que incluso para ésta última se necesita la exteriorización de la manifestación de voluntad.

Lasarte (2016) considera que “el contrato, lato sensu, es todo acuerdo de voluntades tendente a producir efectos jurídicos. En ese acuerdo subyace obviamente un intercambio económico, por lo que se ha afirmado que el contrato es la veste jurídica de una operación económica”.

Se trata entonces de un acto jurídico que necesariamente necesita como mínimo la intervención de dos partes que si bien tienen objetivos distintos, logran reunirse para efectuar un acuerdo expresando de manera voluntaria su consentimiento con la finalidad de realizar operaciones económicas en beneficio de ambos.

Vale decir que en este acuerdo pecuniario es la expresión de voluntades que generan obligaciones y derechos de necesario cumplimiento, ya que al encontrarse regulado por nuestro Código Civil se encuentra destinado a ser jurídicamente coercible entre las partes para el efectivo cumplimiento de lo acordado.

2.2.4.2. El contrato y la crioconservación

De lo expuesto, podemos deducir que el contrato también se materializa en las Clínicas de Reproducción Asistida, dado que las parejas exteriorizan su voluntad de querer realizar una técnica de procreación efectuando como contraprestación el pago del servicio de la clínica.

Pero, este contrato es sobre el servicio que brindan las clínicas con respecto a sus usuarios, con el propósito de garantizar el efectivo cumplimiento de obligaciones, mas no sobre las células o el ser vivo que se ha de manipular, según corresponda la técnica.

Entre estos tipos de contratos, denominados “contratos de procreación asistida”, nombramos, los siguientes:

- a) El contrato celebrado entre el centro asistencial y las personas que procuran tener un hijo.

- b) El contrato celebrado por el centro asistencial y los donantes anónimos o no de semen u ovocitos.

Según la teoría clásica, los elementos esenciales para la existencia del contrato son tres:

- a) Consentimiento: aquella expresión de voluntad destinada a contratar,
- b) Objeto: cosas o servicio que no están fuera del comercio humano, física o jurídicamente posible o cuando sea determinable.
- c) Causa: se entiende, para cada parte contratante, la entrega o promesa de una cosa o servicio.

Y es evidente, desde nuestro punto de vista que si se computan estos tres elementos en los contratos mencionados, toda vez que, el centro médico se compromete con efectuar una determinada técnica de reproducción, por otro lado la pareja de esposos se comprometen a realizar una contraprestación pecuniaria por el servicio a recibir.

El objeto del contrato es el servicio que recibe la pareja, servicio por el que acuden a la clínica al tener imposibilidad de procrear de manera natural y por el que se entrega como contraprestación el pago de dinero.

Mosset (1995) afirma que “el objeto es el contenido del contrato, siendo posible que el objeto pueda ser lícito o no, conforme o no con el ordenamiento jurídico. El objeto es ilícito, entonces, en la medida de que sea ilegal, inmoral o prohibido”.

En ese sentido de ideas, cuando la vida de un ser humano se convierte, en virtud de las negociaciones de particulares, en un 'objeto' o en el 'contenido de la prestación de un contrato', aunque sea para satisfacer el más noble de los deseos (la paternidad de aquéllos que son estériles o infértiles), la persona es convertida o asimilada a una cosa.

Nos parece claro que las negociaciones de embriones implica una cierta cosificación de ella, lo cual viola el principio sustantivo de la dignidad humana.

Por eso, es inadmisibile que el embrión sea objeto de disposición comerciable, pues ello repugna el sentido moral de la sociedad, y hace nulo el contrato celebrado.

Es preciso señalar que el esclavo fue considerado una cosa, que podía venderse, alquilarse y desecharse.

El artículo 1 del Código Civil de 1936, establecía lo siguiente: "El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo".

El derogado Código de 1936 ignoraba la vida humana prenatal. El hecho biológico del nacimiento determinaba la aparición del ser humano en tanto sujeto de derecho, como persona natural.

El concebido era jurídicamente "nada". No existía para el Derecho, no tenía calidad de sujeto de derecho ni era centro de imputación de derechos.

Mientras no ocurra el nacimiento el concebido no existía para el Derecho. No se le reconocía derecho alguno, personal o patrimonial.

Nuestro Código Civil Peruano, en su artículo 1 establece: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción”. Para Mujica (2009) “el concebido es aquel nuevo ser humano, genéticamente independiente de la madre, autónomo, con un genoma que lo identifica y lo hace único, irrepetible, singular (...)”.

2.2.5. Subcapítulo V: El Derecho Comparado y el problema planteado

2.2.5.1. La Reproducción Asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

2.2.5.1.1. El Derecho a la reproducción en el Convenio de Roma y su encaje en el Artículo 8

Al realizar un análisis literal del Convenio podremos evidenciar que no se reconoce de manera explícita el derecho a la reproducción, y por consiguiente tampoco a la reproducción asistida. Sin embargo el TEDH, ha realizado sentencias durante estos últimos años referentes al tema que tratamos.

Pues las sentencias se han realizado en base a la interpretación del artículo 8 del Convenio, el cual regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar; y con el paso de los años se ha empezado a ampliar su contenido. El artículo mencionado establece lo siguiente: “respeto a la vida privada y familiar”, lo cierto es que la interpretación amplia realizada por el TEDH ha facilitado

interpretaciones para muchas realidades que se encuentran incluidas de manera implícita, tal como lo es el derecho a la reproducción.

Así tenemos por ejemplo el caso Pretty en el que se expone que la “noción de autonomía personal refleja un principio importante que subtiende la interpretación de las garantías del artículo 8”. Asimismo recuerda que la noción de la vida privada “es una noción amplia, sin una definición exhaustiva”. Hace referencia el Tribunal a otros aspectos que también forman parte del artículo 8 como son la integridad física y moral, la identificación sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual.

En los años siguientes El Tribunal continúa en la misma línea interpretativa, ya que la interpretación flexibilizada del artículo 8 se ha realizado además para otros campos jurídicos, como por ejemplo la protección del medio ambiente.

Centrándonos en el tema que nos interesa, a continuación mencionamos las sentencias más relevantes que resuelve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2.2.5.1.2. Evans vs Reino Unido

La legislación de este Estado permite la revocación del consentimiento una vez realizada la fecundación, pero siempre que no se haya realizado la implantación.

El presente caso tiene sus orígenes en un conflicto de dos ex concubinos, con respecto al destino de varios embriones que fueron formados con gametos de ambos durante la relación de pareja. Los embriones fueron crioconservados ya que durante el proceso de

reproducción asistida, la mujer le fue detectada con tumores cancerígenos, razón por la cual le fueron extirpados los dos ovarios de manera urgente. Posteriormente la pareja finalizó, y los embriones nunca le fueron implantados. A pesar de ello la mujer solicitó la implantación de los mencionados embriones, con el argumento que sería su “última oportunidad de tener un hijo genético”. Por otro lado, el hombre se opuso con el argumento de que no podía ser obligado a procrear.

Ante esta discusión de derechos, el TEDH señala que el caso afecta al respeto de la vida privada de la solicitante, un concepto amplio que comprende la decisión de ser padre y la de no serlo. El TEDH en su resolución tiene en cuenta una aproximación formalista a la cuestión, a partir del análisis de la Human Fertilisation And Embrology Act británica de 1990, que cualquier parte revocará su consentimiento al tratamiento en cualquier momento previo a la implantación de embriones, la misma expresión que fue explicada a los intervinientes en el tratamiento en cuestión y que se encontraba de manera explícita en los formularios es ellos firmaron; por ello Reino Unido no ha excedido el margen de apreciación del que dispone ni realizado una mala interpretación del artículo 8 de Convenio.

2.2.5.1.3. Parrillo vs Italia

La prohibición a una mujer de donar embriones obtenidos de la fecundación in vitro para la investigación científica tiene su origen en la prohibición establecida por la Ley Italiana que impide a la demandante a donar embriones para la investigación científica, entendiéndose de esta manera que el objetivo nunca fue el embarazo.

El art. 1 del Protocolo N° 1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, demandante denuncia que no puede donar sus embriones concebidos a través de la técnica de reproducción asistida, a la investigación científica, estando obligada a mantenerlos en estado de crio conservación hasta su muerte. Además la demandante sostiene que la prohibición en materia de discusión equivale a una violación de del derecho al respeto de su vida privada, la misma que es protegida por el art. 8 de Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Sobre ello la Corte sostuvo que el art. 8 del Convenio, el cual establece lo referido a al Derecho al respeto de la vida privada y familiar, es aplicable en este caso en su aspecto de “vida privada”, ya que los embriones en cuestión contenían material genético de la demandante y, en consecuencia, representaban una parte constitutiva de su identidad. El Tribunal Europeo considera que Italia debería tener un amplio margen de apreciación sobre este tema, así como se confirmó por la falta de consenso europeo y textos internacionales sobre el referido caso. Se observa, por último, que no había ninguna prueba de que la pareja fallecida de la demandante hubiera querido donar embriones a la investigación médica; así el Tribunal sentencia el 27 de agosto del año 2015, llegando a la conclusión de que la prohibición es necesaria en una sociedad democrática.

Por consiguiente, el TEDH declara que no hay ninguna violación al art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Con relación al art. 1 del Protocolo N° 1 de convenio, el tribunal sostiene que no se puede aplicar al presente caso, ya que los embriones humanos no pueden reducirse a “posesiones” en el sentido de dicha disposición. En consecuencia esta denuncia fue desestimada ya que la dignidad e l apersona humana y sus derechos están por encima de cualquier cosificación que se pretenda hacer de ella o de

sus tejidos aun con la excusa de que sea para investigación científica. Porque jamás el ser humano será un medio, sino un fin en sí mismo.

2.2.5.1.4. Situación de España y Perú, respecto a la fecundación in vitro

En 1997, en Perú se promulgó la Ley 26842, Ley General de Salud, esta normativa consiente el uso de técnicas de reproducción humana asistida únicamente para el tratamiento de la infertilidad, siempre y cuando la madre gestante y la genética sean las mismas.

La Constitución Política Española de 1978, en el artículo 10° no reconoce textualmente a la persona como fin de la sociedad y del Estado, sino a su derecho a la dignidad como fundamento y sostén del mandato político y de la paz social. No registra el derecho a la vida sino recién en el artículo 15°, en el cual hace referencia al derecho a la vida no de las personas, sino del derecho a la vida de “todos”. Siendo esta una expresión tan amplia, puede concebirse este mandato constitucional de forma muy amplio, comprendiendo a los nacidos como a los no nacidos.

En relación al estatus jurídico y legal del concebido, el Código Civil Español de 1889 estipula en los artículo 29° y 30° que el nacimiento fija la personalidad; empero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que se congreguen las siguientes condiciones: nacimiento con vida y liberalidad completo del seno materno, en consecuencia se indica que el mencionado Código se acoge la teoría de la ficción, comparando al concebido a un nacido para todos los efectos que le sean favorables. Es decir, se resguardaría del modo más amplio posible al concebido. (Artiles, 1978, p. 240).

2.2.5.1.5. Situación de Francia

Mediante la Ley N° 94-653, se estipula el artículo 16 al Código Civil Francés, señalando que “la ley afirma la preeminencia de la persona, prohíbe cualquier irrupción a su dignidad y avala el respeto del ser humano desde el inicio de su vida”, por lo que le otorga protección y amparo al concebido, independiente de las circunstancias que han supuesto su concepción. (Zamora, 2016, p. 82).

2.2.5.1.6. Situación de Estados Unidos

La principal norma en relación con la fecundación in vitro, fue en 1975, con la divulgación del informe “Regulaciones Finales para la Procreación de los Seres Humanos Sometidos a Experimentación”, por el Departamento de Salud y Servicios Humanos. En 1980 se instauró la “Comisión para el Estado de los Problemas en Medicina e Investigación Biomédica y Conductual”, la que se manifestó sobre la terapia génica, aceptando las células somáticas y rechazando las germinales.

En Estados Unidos no existe un estatuto uniforme, esto responde al sistema de distribución política, de forma que existen cuantiosos plenos normativos en los distintos Estados que lo conforman, que parten desde la gran aprobación de numerosas técnicas de fecundación hasta su restricción y penalización de las mismas en demás estados. (Zamora, 2016, p. 83).

El Código de Regulaciones Federales, recoge normatividad respecto a las indagaciones sobre mujeres embarazadas, los fetos y el uso y aplicación de la fecundación in vitro, empieza puntualizando al

embrión como el fruto de la concepción a partir de la implantación hasta la total separación del feto del cuerpo de su progenitora, con lo que niega la naturaleza humana al embrión crioconservado.

2.3. Principios relacionados con el tema

- a) **Dignidad humana.** Referenciado también dentro de los principios de (igualdad, no discriminación, libertad, individualidad), donde todas las declaraciones o normas legales reconocen como premisa ética la dignidad humana, como derecho fundamental por la cual cada ser humano, goza de esa dignidad humana, es esencial al hecho de pertenecer a la especie humana, con la diversidad que esto implica; se distinguen dos tipos de dignidad humana: la ontológica y la moral, dentro de un ámbito de protección de la vida Humana.
- b) **Principio de Autonomía:** El principio de autonomía reconoce el derecho que tiene cada individuo, ya que sus derechos son inherentes por el hecho de ser humanos o de tener vida, este principio esta regulado y establecido en La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos específica, en donde el estado y la sociedad tienen la obligación de la protección del ser humano.
- c) **Principio de respeto a la diversidad:** Es un principio presente en la mayoría de las declaraciones, se le reconoce como necesaria y parte del patrimonio de la humanidad. Así lo reconoce el Convenio sobre la Diversidad Biológica menciona el término recurso genético, como elemento relacionado con la biodiversidad y establece lineamiento para su uso. Con la que busca que los dilemas generados por la interacción y protección de la vida con la tecnología están profundamente especificados en su resolución en un sentido u otro por las posiciones ideológicas, incluyendo las religiosas.

- d) **Principio protección a las generaciones futuras:** El genoma humano es considerado patrimonio de la humanidad, de obligatoriedad protección por parte del Estado, quien es el ente regulador de la sociedad. La Declaración de Bioética y Derechos Humanos menciona expresamente las generaciones futuras, al referirse al impacto de la ciencia de la vida en la “constitución genética” de las futuras generaciones.

2.4. **Conceptos relacionados con el tema**

Protección jurídica de la vida humana: Según el artículo 2º, inciso 1º de la Constitución Política del Perú, prevé que “toda persona tiene derecho a la vida”. A título universal, la protección se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3º) y a nivel internacional, en la Convención Americana de Derechos Humanos (“Pacto de San José”, artículo 4º, primer párrafo), también el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (art .6º) y la Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 2º, primer párrafo). El derecho fundamental e inherente que tiene toda persona a la vida es indiscutible, incuestionable e invulnerable, la capacidad o incapacidad de vida o de la mayor o menor calidad de vida. Se trata de un derecho de todo ser humano fundamental desde su concepción hasta su muerte, haya adquirido la calidad de persona o se encuentre todavía en el vientre materno (Villavicencio, 2013).

Dentro del vínculo jurídico de la protección de la vida hace referencia que es el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias de la persona natural y que nace del ius naturalismo, la vida no se reduce a una realidad naturalística biofisiológica, sino aquella solo conforma su esencia natural que contiene criterios valorativos y legales como son los principios de dignidad humana (Carlos, Urbano, & José, 2018).

Los embriones supernumerarios en la crioconservación: Dentro del campo científico se establece el tema relevante de embriones sobrantes o

excedentes, siendo esta una acción física de los embriones supernumerarios en su crioconservación en los laboratorios respectivos, ésta es una técnica que consiste en preservar espermios, óvulos o embriones, mediante su congelamiento, siendo ésta una conservación de manera indefinida hasta su implantación en el útero. (Ispizua, 2014).

El embrión crioconservado se encuentra en un estado indefinido, con la incertidumbre de cuándo continuará su vida si es que lo hace, y si podrá desarrollarla normalmente. La crioconservación indefinida, es contraria a la dignidad humana pues detiene el desarrollo biológico natural que merece todo ser humano por su carácter de tal, exponiéndolo a lesiones inciertas y graves, privándolo de la acogida materna.

III. MÉTODO

3.1. Tipo y diseño de investigación

La presente investigación es una Investigación Cuantitativa - Descriptiva.

Es una Investigación Cuantitativa en el sentido que, siendo un procedimiento de decisión que pretende señalar, entre ciertas alternativas, haciendo uso de magnitudes numéricas, que son tratadas mediante herramientas del campo de la estadística, como es a través de la encuesta que hemos aplicado en nuestra investigación.

Además es una Investigación Descriptiva, puesto que nos ha permitido ordenar el resultado de las observaciones de las conductas, las características, los factores y los procedimientos de los hechos. Este tipo de investigación tiene hipótesis exacta, ya que se fundamenta en una serie de análisis y pruebas para llevar a cabo la valoración del hecho.

El diseño de la investigación es el programa que precisa el proceso y el control de la investigación, indicándose los procedimientos y las condiciones para lograr la información necesaria que permitió responder a la problemática de nuestra investigación.

El diseño de la investigación son los pasos que siguió el investigador para lograr los objetivos planteados. La presente investigación es no experimental que es aquella que se realiza sin manipular variables, sólo se observa los fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos. Por ello, el presente trabajo implica la observación del problema en su condición natural sin intervención de las autoras.

3.2. Variables, Operacionalización

Variable	Dimensiones	Indicadores	Técnica e instrumento de recolección de datos
<p>Variable Independiente: PROTECCIÓN JURÍDICA</p>	<p>Constitución Política del Perú</p> <p>Derecho Humanos</p> <p>Convención Interamericana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica</p>	<p>Artículo 2º, inciso 1º</p> <p>Artículo 2º, primer párrafo</p> <p>Artículo 4º, inciso 1</p>	<p>Cuestionario (Encuesta)</p>
<p>Variable Dependiente: LOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LA CRIOCONSERVACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA</p>	<p>Norma Civil</p> <p>Código de Protección de los Niños y Adolescentes</p>	<p>Artículo 1º</p> <p>Artículo 1º</p>	<p>Cuestionario (Encuesta)</p>

3.3. Población y muestra

Población

Personal de salud	30
Abogados	50
Sociedad	20

Muestra

Se ha tenido en cuenta del total de la población, sólo a 100 personas, entre personal de salud, abogados y sociedad en común.

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

Para la elaboración de esta investigación se utilizaron una serie de métodos y técnicas que permitieron obtener información necesaria e importante a cerca de nuestra investigación. Entre las técnicas que se emplearon en la investigación fueron:

a) La Documental

La documental, cuya base fue la consulta de diferentes libros y otras fuentes bibliográficas, con la finalidad de obtener información en cuanto a las teorías en las que se sustentó nuestra tesis.

b) Cuestionario (encuesta)

Instrumento de investigación que radicó en una serie de preguntas y otras indicaciones con la finalidad de obtener información de los consultados, con el fin de que los resultados sean feacientes.

3.5. Métodos de análisis de datos

Para la elaboración de la investigación hemos utilizados los siguientes métodos:

a) Deductivo

Se partió del estudio de la legislación comparada, la doctrina y la normatividad nacional, para a partir de ello determinar la relación entre crioconservación y protección jurídica, ya que ello nos permitió poder determinar la causa que originaron el problema investigado.

b) Analítico

Se partió del análisis de la legislación comparada, la doctrina y la normatividad nacional, con la finalidad de delimitar los posibles destinos en la crioconservación y cuál sería la adecuada protección jurídica.

c) Descriptivo

Este método permitió describir los problemas relacionados a la materia de investigación, a fin de poder plantear las posibles soluciones a la problemática existente en el vacío legal de nuestra legislación peruana.

3.6. Aspectos éticos

Los criterios éticos, tomados en cuenta en la elaboración de nuestra tesis son las siguientes:

La beneficencia.- hace hincapié que toda persona debe ser tratada éticamente respetando su condición y protegiéndolas del daño para asegurar su bienestar.

La justicia.- amparado por nuestra Constitución Política peruana en su artículo 2, inciso 2 como un derecho fundamental asimismo busca la exigencia de la equidad universal, con relación al respeto de la persona, sin que esto perjudique al libre ejercicio de los derechos individuales circunscrito en interés del bien común.

IV. RESULTADOS

RESULTADOS EN FUNCIÓN A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LA CRIOCONSERVACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

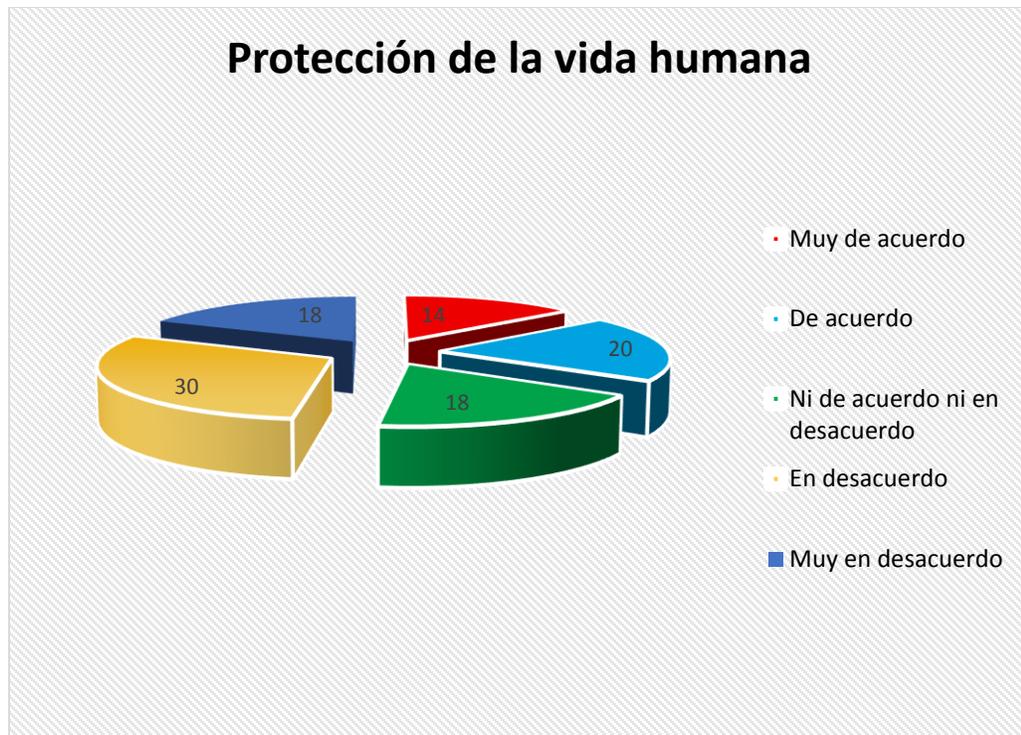


Figura 1: El estado peruano aplica de manera adecuada una protección jurídica de la vida humana.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre el estado peruano aplica de manera adecuada una protección jurídica de la vida humana, se tiene el 30% en desacuerdo y el 14% considera que muy de acuerdo.



Figura 2: Gozan de derecho los embriones supernumerarios en la crioconservación en el Perú.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si considera usted que los embriones supernumerarios en la crioconservación en el Perú gozan en pleno derecho, se tiene que el 62% considera muy de acuerdo y el 5% considera muy en desacuerdo.



Figura 3: En función a la protección de la vida humana en relación a la crioconservación de los embriones, es necesario determinar las causas.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre en función a la protección de la vida humana en relación a la crioconservación de los embriones, es necesario determinar las causas, se tiene que el 42% considera de acuerdo y el 2% considera muy en desacuerdo.

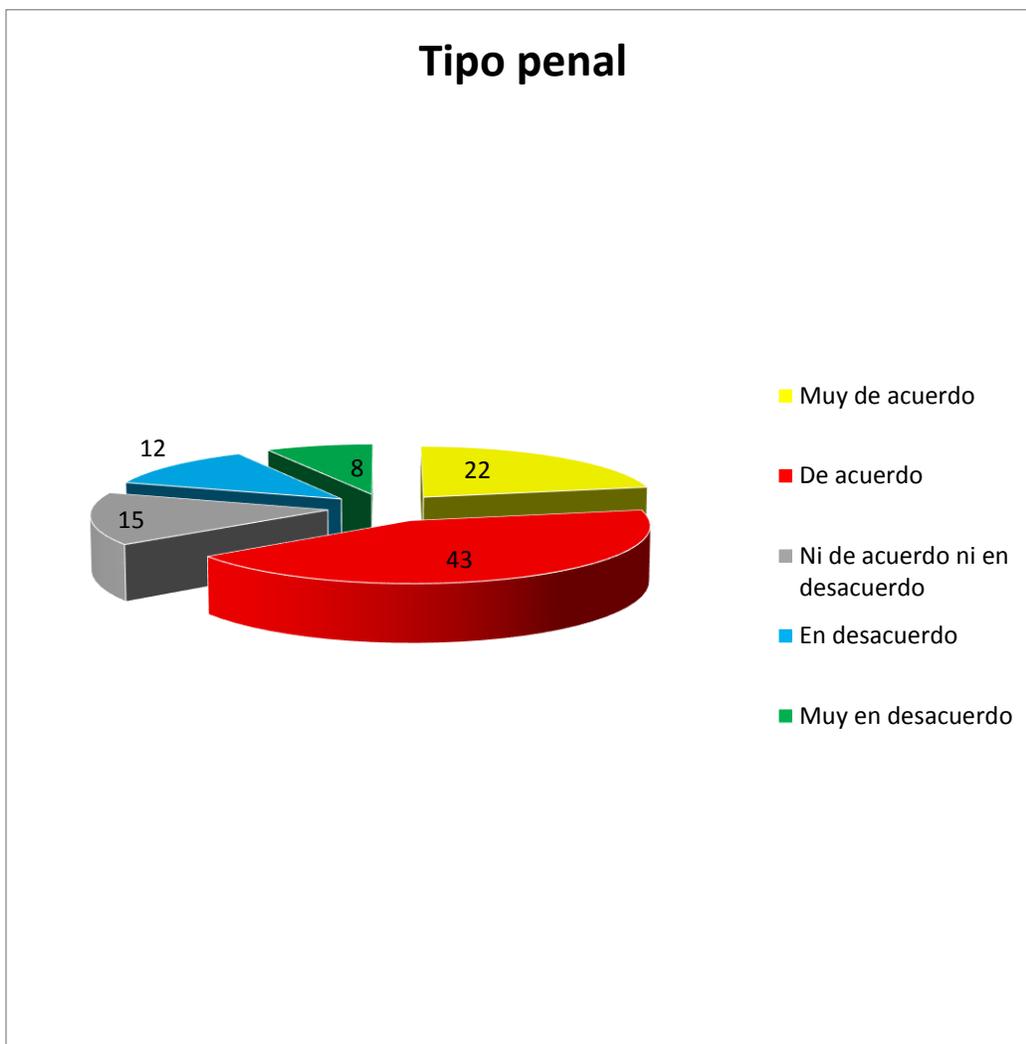


Figura 4: Todo ilícito en relación a la vida humana debe ser penado.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si considera usted que todo ilícito en relación a la vida humana debe ser penado, se tiene que el 43% de acuerdo y el 8% muy en desacuerdo.



Figura 5: Determinación de límites para aplicar una técnica que ayude a la protección de la crioconservación de embriones.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si considera usted que es necesario que se determine límites para aplicar una técnica que ayude a la protección de la crio-conservación de embriones, se tiene que el 39% considera de acuerdo y el 8% considera muy en desacuerdo.



Figura 6: Existencia de mala protección de la vida humana en relación a la perturbación de los crioconservadas en los laboratorios.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si cree usted que existe una mala protección de la vida humana en relación a la perturbación de los crio-conservadas en los laboratorios, se tiene que el 48% considera Muy de acuerdo, y el 5% considera ni de acuerdo ni en desacuerdo.

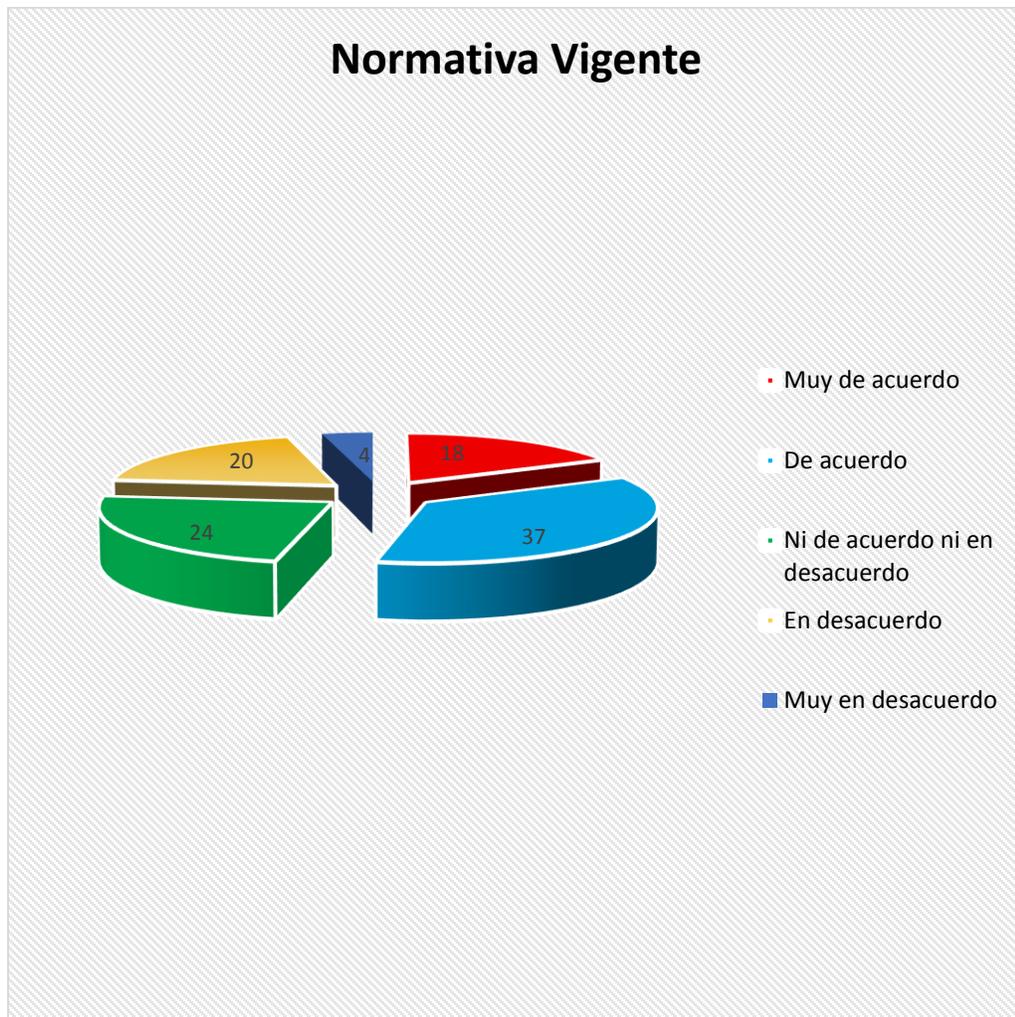


Figura 7: La normativa vigente en relación al derecho a la vida que tiene todo concebido en su calidad de niño es acorde a la realidad nacional cuando hablamos de la protección jurídica de la vida humana de los embriones.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre considera que la normativa vigente en relación al derecho a la vida que tiene todo concebido en su calidad de niño es acorde a la realidad nacional cuando hablamos de la protección jurídica de la vida humana de los embriones, se tiene que el 37% considera De acuerdo, y el 4% considera muy en desacuerdo.

Derecho de protección a la vida humana

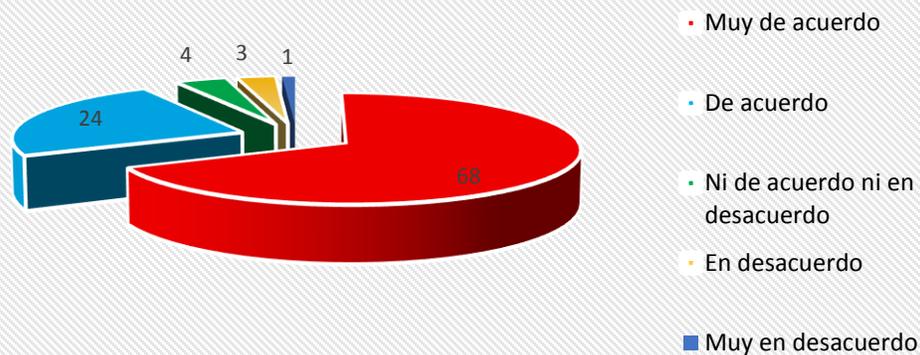


Figura 8: Considera que aplicando el derecho de protección a la vida humana de los embriones se lograría erradicar la problemática en relación a la Técnica de Crioconservación.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, considera que aplicando el derecho de protección a la vida humana de los embriones se lograría erradicar la problemática que surgió en relación a la Técnica de Crioconservación, se tiene que el 68% considera Muy de acuerdo y el 1% considera muy en desacuerdo.

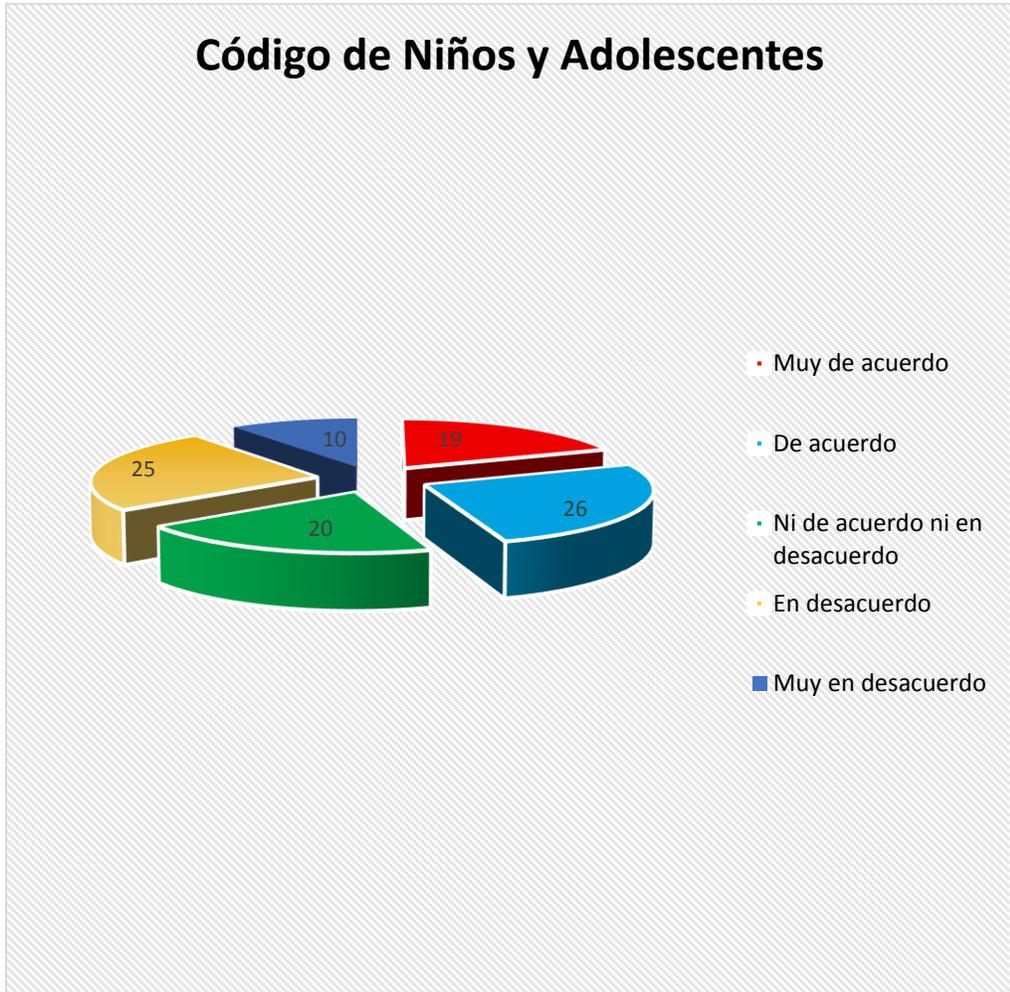


Figura 9: El artículo 1° del Código de los Niños y Adolescentes, regulan de manera adecuada los temas protección de la vida.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre la consideración del artículo 1° del Código de los Niños y Adolescentes, regulan de manera adecuada los temas protección de la vida, se tiene que el 26% considera de acuerdo, y el 10% muy en desacuerdo.

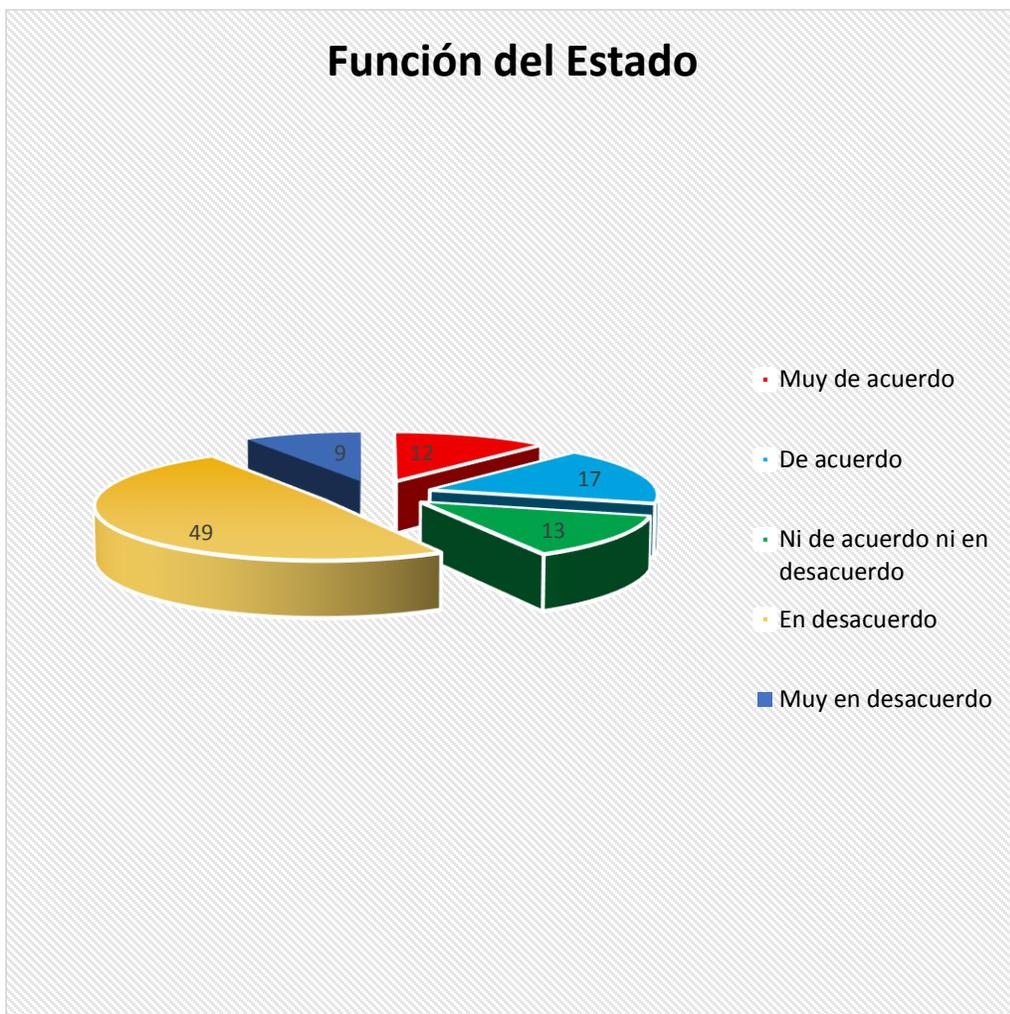


Figura 10: El estado vela por una adecuada protección del derecho a la vida como bien jurídico protegido.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre si el estado vela por una adecuada protección del derecho a la vida como bien jurídico protegido, se tiene que el 49% considera en desacuerdo y el 9% considera muy en desacuerdo.

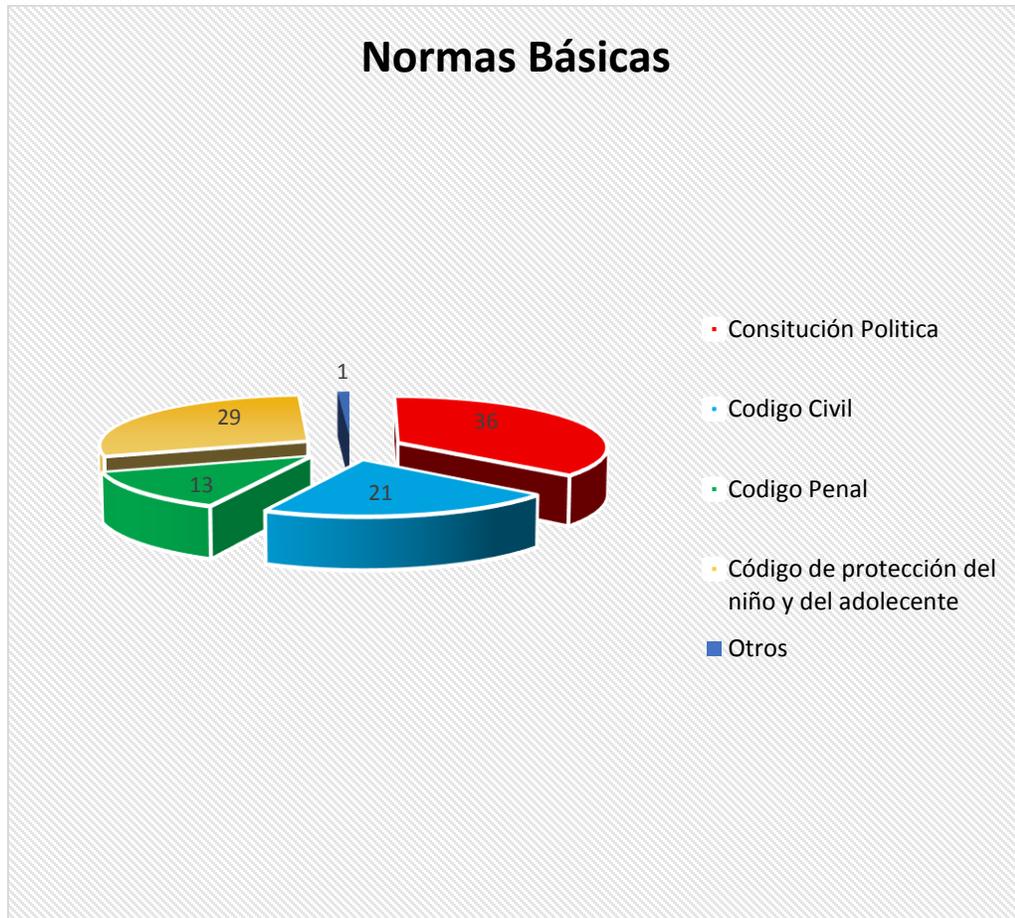


Figura 11: Las normas básicas aplicables a los responsables del derecho en función a la protección de la vida del embrión en la legislación peruana.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre considera que las normas básicas aplicables a los responsables del derecho en función a la protección de la vida del embrión en la legislación peruana, se tiene que, el 36% considera Constitución Política y el 1% otros.



Figura 12: El estado, debe impulsar y promover la protección de la vida desde el momento de la concepción.

Fuente: Cuestionario elaborado por el investigador

Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre el estado debe impulsar y promover la protección de la vida desde el momento de la concepción, se tiene que el 39% considera muy de acuerdo y el 6% considera muy en desacuerdo.

V. DISCUSIÓN

Mora (2015). En su investigación titulada “Embriones crioconservados como sujetos de derecho. Lineamientos generales para la inclusión de la institución de la adopción prenatal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, Ecuador; en su investigación descriptiva-analítica, sostiene que, con el inicio de la vida, desde la concepción, urge la necesidad de normar la situación jurídica del que está por nacer, ya que son un conjunto de personas indefensas y ajenas al círculo normativo.

Gabardi (2010). En su tesis titulada “Embriones humanos: Entre el vacío legal y la desmedida manipulación”, Argentina, señala la urgencia de una norma legal a nivel Nacional con el propósito de delimitar y definir las Técnicas de Fecundación Asistida que, si bien han formado un gran avance de la ciencia y han dado soluciones significativas a problemas para algunas parejas que no han obtenido concebir de manera natural, y que hoy en la actualidad ya es viable con estas técnicas de reproducción asistida; pero que al ser congelados los embriones supernumerarios con el objetivo de su conservación, son situados en un estado de abandono e incertidumbre jurídica.

Coronel (2013) sostiene que, el artículo 1° del Código de los Niños y Adolescentes, *“El niño y el Adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción”*, garantiza la existencia del concebido, resguardándolo de manipulaciones o experimentos genéticos opuestos a su total integridad y desarrollo físico y mental, por lo que se tiene que adoptar medidas destinadas a forjar valer los derechos primordiales de los embriones congelados, como el derecho a la vida, derecho a su integridad, derecho a desarrollarse en el seno de un hogar, etc.; además de hacer efectivo el derecho a la vida que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del Artículo 2° de la Constitución Política del Estado.

Además, el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 8°, aluden al derecho del niño y adolescente a vivir en una familia, sea esta natural; si no lo fuera, se añade el derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado. Esta normatividad apunta a que la familia se vea enriquecida con la presencia de un hijo y da las pautas para que ello se convierta en realidad y, como venimos viendo, si la procreación natural no es posible, entonces se deben crear las condiciones necesarias para viabilizar esta voluntad procreacional. Lo mencionado, lo encontramos con las técnicas de reproducción asistida.

La vida humana comienza desde el momento de la concepción, entendiéndose por ella la fusión del óvulo con el espermatozoide, pues desde ese momento existe un individuo genéticamente individualizado, como dice la instrucción vaticana sobre problemas de bioética: Desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano sino lo ha sido desde entonces.

En países como Ecuador, el autor Mora (2015) en su investigación titulada “Embriones crio-conservados como sujetos de derecho. Lineamientos generales para la inclusión de la institución de la adopción prenatal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, se tomó una perspectiva distinta con respecto a la legalidad del embrión puesto que el derecho a la vida lo considera desde la concepción y surge una necesidad de regular la vida del ser quien está por nacer, pues se considera que es un conjunto de personas indefensas y ajenas a la misma norma.

Así, la fecundación en laboratorio del óvulo de una mujer casada con espermatozoide de un hombre diferente de su cónyuge, o que el espermatozoide pertenezca al marido pero que el óvulo sea de una mujer que no es la cónyuge, o que tanto el óvulo como el espermatozoide pertenezcan a terceras personas ajenas a la pareja

matrimonial, con lo cual estaríamos ante la denominada transferencia de embrión.

Una parte de la doctrina considera que un embrión es un ser humano y se debe respetar sus derechos, ya que si bien en principio es un conjunto de células con un potencial material genético, al pasar los días y meses se irá desarrollando y creciendo hasta el momento de su alumbramiento como un ser humano, por lo tanto, desde su concepción en el vientre deben ser reconocidos sus derechos como a cualquier persona. No significa que adquiera la totalidad de los derechos que le sean susceptibles a una persona nacida, pero si los fundamentales y los que aseguren su integridad y respeto desde su concepción. (Michelli, 2016, p. 16).

El civilista Varsi Rospigliosi (2016) sostiene que el origen de la vida humana y, por consiguiente, de su protección legal, es desde la concepción y no a partir de la anidación.

De igual forma se indica que “el concebido constituye vida humana, genéticamente individualizada, desde el momento mismo de la concepción, es decir, desde el inicio de la fecundación del óvulo con el espermatozoide” (Fernández Sessarego, 1992, p. 30).

De acuerdo a nuestra Constitución Política del Perú y tomando como referencia el Expediente N° 183515-2006-00113, se considera los aspectos en relación al concebido por fecundación in vitro, en donde el artículo 1° del Código Civil Peruano, pone en evidencia la carencia de protección y amparo de la vida de este ser humano, el mismo que se expone a muchos peligros y riesgos antes de ser instaurado en el útero de la progenitora.

La sentencia, al aludir al Interés Superior del niño y adolescente, lo hace basándose en los hechos o supuestos fácticos de la demanda y probados en la

estación correspondiente, como que la que ejerce la tenencia, cuidado, asistencia, protección, de los mellizos es la demandante (cónyuge de la primera sociedad conyugal) como si fuera su auténtica madre conjuntamente con su cónyuge, lo que no ocurre con la persona que los gestó, y por ello le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores, en esa situación lo más recomendable y que resulta conveniente a los intereses no se vea alterada. En este caso, hay una filiación social, tema desarrollado en la doctrina familiar y apunta a considerar como padre o madre a quien, no siéndolo genéticamente, actúa como si fuera el progenitor, cumpliendo todos los deberes propios de la paternidad o como en este caso, la maternidad.

De acuerdo con el artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, las personas estériles pueden recurrir a las Técnicas de Reproducción Asistida. Esto significa, como dice la sentencia, que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento adecuado para su padecimiento. Además, tiene derecho a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud. Tal como lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que el derecho al disfrute de la salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades, así como a la atención médica, sino que ese derecho abarca, además, la atención de la salud sexual y reproductiva.

VI. CONCLUSIONES

El embrión que fue concebido, a través de fecundación in vitro, tiene la misma e igual importancia y eficacia que un embrión humano concebido de forma natural, amparándonos y sustentándonos en la teoría de la fecundación, la misma que señala que la vida humana empieza con la unión del espermatozoide y del óvulo; no siendo relevante la esfera y modo, en donde haya manado el mencionado proceso, (dicho de otra manera, en el útero de la progenitora o en una probeta), pues en ambos casos, son sujetos de derecho por lo que se los debe respetar y proteger como tal.

Podemos aseverar que el inicio de la vida del embrión in vitro se origina desde el instante de su concepción, es decir, desde el momento en que se unen el óvulo con el espermatozoide en las probetas de laboratorios y constituyen un nuevo ser con potencialidad de seguir desarrollándose en el seno materno hasta su nacimiento, por ello deben ser amparados y protegidos para que no se vea vulnerado su derecho a la vida, pues su concepción se produce del mismo modo que aquella que ocurre de forma natural en el seno materno, no presentando distinción con la fecundación extracorpórea.

Consideramos que, en el Estado Peruano, existe no sólo la necesidad, sino la obligación de que el Derecho evolucione paralelamente al desarrollo social; y si bien ello es complejo, no es imposible, por lo que debe realizarse un esfuerzo para que así sea.

En nuestro país se utilizan las Técnicas de Reproducción Asistida, sin una normativa que las regule, siendo así que se han crioconservado embriones supernumerarios sin limitación alguna, más que La Ley General de Salud; por lo que es necesario regular los límites de la Técnica de Crioconservación, ya que es absurdo aceptar, que el destino de los embriones, quede al arbitrio de los médicos sin que el Derecho nada diga al respecto.

VII. RECOMENDACIONES

Existen muchas parejas que desean adoptar un niño; razonablemente sería provechoso que los embriones supernumerarios, sean descongelados a fin de transferirlos al útero de las progenitoras adoptivas que desean gestarlos; implantándose de esta manera el proceso de adopción, aplicándose supletoriamente las normas que sistematizan la adopción de nacidos y de esta forma poder darse cumplimiento a los derechos de los niños y de los adoptantes, es decir vivir y procrear respectivamente.

El Estado no debe consentir que un concebido quede perennemente congelado vivo y sin una protección y amparo legal, pues implicaría afectar sus derechos fundamentales que la ética ni el derecho consienten; por ello es la imperiosa necesidad de normar sobre la materia.

Finalmente podemos decir que el Estado debe realizar una protección jurídica, ética y moral a la vida de los embriones supernumerarios crioconservados, a través de la promulgación de una norma legal.

VIII. REFERENCIAS

- Artiles, S. (1978). *Derecho Romano*. Venezuela: Jurídica Venezolana.
- Boada, M. (1997). Embriones congelados: aspectos ético-legales. *Bio: Revista del Colegio Oficial de Biólogos de Madrid*, 17.
- Cárcaba Fernández, M. (1995). *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación*. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A.
- Carrasco Mora, J. (2015). Embriones crioconservados como sujetos de derecho. Lineamientos generales para la inclusión de la Institución de la adopción prenatal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Axioma*.
- Chieri, P., & Zannoni, E. (2001). *Prueba de ADN*. Buenos Aires: Astrea.
- Coronel Aquino, N. (2013). *Los derechos del niño en el marco de la Bioética*. Lima: Vox Juris.
- Editores, J. (2017). *Código Civil*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- Edwards, R., & Beard, H. (1997). *UK law dictated the destruction of 3000 cryopreserved human embryos* (Vol. 12). United States.
- Emalsa. (1985). *Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland* (26 ed., Vol. II). España: Ediciones Emalsa S.A.
- Faggioni, M. (2005). *La cuestión de los embriones congelados*. Biblioteca electrónica cristiana.
- Fernández Sessarego. (1992). *Derecho en las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.

- Gallardo Maldonado, P. (2002). *Estatuto jurídico aplicable al embrión humano y responsabilidad civil por daños derivados de las técnicas de reproducción asistida*. Chile: Universidad de Austral de Chile.
- García, J. (2011). *Embriones Congelados*. Argentina: Enciclopedia de bioética. Obtenido de <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/94-embriones-congelados->
- Jáuregui, R. (2010). *Embriones supernumerarios y Adopción*. Lima: Nuevo enfoque jurídico.
- Lasarte, C. (2016). *Principios de Derecho Civil* (Cuarta ed., Vol. III). Madrid: Trivium.
- Lejeune, J. (1993). *¿Qué es el embrión humano?* Madrid: Ediciones Rialp.
- López Barahona, M. (2007). *El Respeto al embrión humano y la ley 14/2006 vigente en España de reproducción asistida*. España: Cuaderno Bioético XVIII.
- Luna. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina* (Cuarta ed.). San José, Costa Rica: Editorama.
- Medicine, U. (2004). *Crioconservación de embriones*. Washington: University Reproductive Care.
- Michelli, Y. (2016). *El vacío legal de los embriones congelados en la República Argentina (Tesis)*. Córdoba, Argentina: Universidad Empresarial Siglo 21. Obtenido de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12909/MICHELLI%20Yesica%20Elizabeth.pdf?sequence=1>
- MINJUS. (2012). *Boletín de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico*. Lima: BOLETÍN DGDOJ.
- Monge Talavera, L. (2010). *Código civil comentado por los cien mejores*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Mosset Iturraspe, J. (1995). *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Mujica, J. (2009). *Microscopio de la bioética a la biopolítica* (Primera ed.). Lima: Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX).
- Parra Tapia, I. (2006). Consideraciones biojuridicas sobre la vida en el embrión humano. (U. d. Andes, Ed.) *Revista de filosofía practica*(16).
- Roges Machado, R. (2008). *Estatuto del Cigoto y del embrión*. Bioética.
- Russo, P. (2011). *El Incierto Futuro de los embriones criocongelados en la Legislación Nacional (Tesis de Licenciatura)*. Buenos Aires, Argentina: Universidad Abierta Interamericana. Obtenido de <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC110336.pdf>
- Salvat. (1984). *Diccionario de Terminología de Ciencias Médicas* (Duodécima ed.). Chile: Ediciones Salvat.
- Siverino Bavio, P. (2010). Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas. *Revista Jurídica UCES*, 19-42.
- Trounson, A., & Mohr, L. (1983). *Human pregnancy following cryopreservation, thawing and transfer of an eight-cell embryo* (Vol. 305). New York.
- Vargas Díaz. (2012). *Centro de Bioética, Persona y Familia*. Obtenido de Centro de Bioética, Persona y Familia: <http://centrodebioetica.org/~fundlat/wp-content/uploads/2012/09/DT-Inicio-dela->
- Varsi Rospigliosi, E. (2016). *La vida humana se protege desde la concepción*. Lima: Gaceta Constitucional.
- Virginia Gabardi, M. (2010). *Embriones humanos: Entre el vacío legal y la desmedida manipulación*. Buenos Aires: Universidad de Belgrano.

Zamora Vásquez, E. (2016). La protección que debe brindar el Derecho Peruano al embrión humano concebido mediante Fecundación in vitro. *Revista de Investigación Jurídica*, 77-84.

Zapata Larraín, P. (1988). Persona y embrión humano. Nuevos problemas legales y su solución en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*.

Zurriarán, G. (2007). La dignidad del embrión humano congelado. *Revista Medica de la Universidad de Navarra*(51), España.

IX. ANEXOS

ENCUESTA



Le agradecemos responder este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos para determinar en función: **LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LA CRIOCONSERVACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA**, a su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo

1. ¿EL ESTADO PERUANO APLICA DE MANERA ADECUADA UNA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA HUMANA?

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

2. ¿CONSIDERA USTED QUE LOS EMBRIONES SUPERNUMERARIOS EN LA CRIOCONSERVACIÓN EN EL PERÚ GOZAN EN PLENO DERECHO?

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

3. ¿EN FUNCIÓN A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA EN RELACIÓN A LA CRIO CONSERVACIÓN DE LOS EMBRIONES, ES NECESARIO DETERMINAR LAS CAUSAS?

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

4. ¿COSIDERA USTED QUE TODO EN RELACIÓN A LA VIDA HUMANA DEBE SER PENADO?

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

5.¿CONSIDERA USTED QUE ES NECESARIO QUE SE DETERMINE LÍMITES PARA APLICAR UNA TÉCNICA QUE AYUDE A LA PROTECCIÓN DE LA CRIO-CONSERVACIÓN DE EMBRIONES?

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

6. ¿CREE USTED QUE EXISTE UNA MALA PROTECCIÓN DE LA VIDA HUMANA EN RELACIÓN A LA PERTURBACIÓN DE LOS CRIOCONSERVADOS EN LOS LABORATORIOS?

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo

- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

7. ¿LA NORMATIVA VIGENTE EN RELACIÓN AL DERECHO A LA VIDA QUE TIENE TODO CONCEBIDO EN SU CALIDAD DE NIÑO ES ACORDE A LA REALIDAD NACIONAL CUANDO HABLAMOS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA HUMANA DE LOS EMBRIONES?

- f) Muy de acuerdo
- g) De acuerdo
- h) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- i) En desacuerdo
- j) Muy en desacuerdo

8. ¿CONSIDERA QUE APLICANDO EL DERECHO DE PROTECCIÓN A LA VIDA HUMANA DE LOS EMBRIONES SE LOGRARÍA ERRADICAR LA PROBLEMÁTICA EN RELACIÓN A LA TÉCNICA DE CRIOCONSERVACIÓN?

- f) Muy de acuerdo
- g) De acuerdo
- h) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- i) En desacuerdo
- j) Muy en desacuerdo

9. ¿CONSIDERA QUE DEL ARTÍCULO 1° DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, REGULAN DE MANERA ADECUADA LOS TEMAS PROTECCIÓN DE LA VIDA?

- f) Muy de acuerdo
- g) De acuerdo
- h) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- i) En desacuerdo

j) Muy en desacuerdo

10. ¿EL ESTADO VELA POR UNA ADECUADA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO?

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

11. ¿CUÁLES SON LAS NORMAS BÁSICAS APLICABLES A LOS RESPONSABLES DEL DERECHO EN FUNCIÓN A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL EMBRIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA?

- a) Constitución Política del Perú
- b) Código Civil
- c) Código Penal
- d) Código de protección del niño y del adolescente
- e) Otros

12. ¿CONSIDERA USTED QUE EL ESTADO DEBE IMPULSAR Y PROMOVER LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN?

- a) Muy de acuerdo
- b) De acuerdo
- c) Ni de acuerdo ni en desacuerdo
- d) En desacuerdo
- e) Muy en desacuerdo

**PROYECTO DE LEY N° QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 7-A
EN LA LEY N° 26842 – LEY GENERAL DE SALUD**

Los congresistas de la República, en función que suscriben, en ejercicio del derecho a iniciativa en la formulación de leyes que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y el numeral 2 del artículo 76° del Reglamento del Congreso de la República, ponen a consideración del Congreso de la República, el siguiente proyecto de ley:

FÓRMULA LEGAL:

**LEY QUE INCORPORA EL ARTICULO 7-A EN LA LEY N° 26842 –
LEY GENERAL DE SALUD**

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

El objeto de la Ley es incorporar el artículo 7-A de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, para incorporar la protección jurídica de los embriones supernumerarios.

Artículo 2°.- Incorporence el artículo 7-A de la Ley 26842 – Ley General de Salud, con el siguiente texto incorporado:

Derecho a la protección jurídica de los embriones supernumerarios resultado de la Técnica de Crioconservación, a fin de salvaguardar la vida humana, con la aplicación de las siguientes condiciones:

- a) No debe utilizarse más de 3 embriones por paciente para la aplicación de la Técnica de la crioconservación.
- b) Transcurridos dos años, desde la fecha de la crioconservación de los embriones, los progenitores deberán hacer efectivo el derecho a la vida que poseen los embriones supernumerarios, producto de la fecundación In Vitro.
- c) Transcurridos dos años, desde la fecha de la crioconservación de los embriones, si los progenitores no hacen efectivo el derecho a la vida que poseen los embriones supernumerarios; de manera automática, la Clínica los dará en adopción a una pareja.
- d) En caso de separación o divorcio, los progenitores, de común acuerdo, podrán dar en adopción a los embriones supernumerarios, a una pareja de la elección de ellos; caso contrario, quedarán custodiados por la Clínica en la que se practicó la Técnica de Crioconservación, a fin de que ésta los de en adopción a una pareja.
- e) En caso de muerte de uno de los progenitores, el destino de los embriones supernumerarios lo determina el sobreviviente, pudiendo ser implantado en la madre genética o una madre adoptiva, según corresponda; caso contrario, quedarán custodiados por la Clínica en la que se practicó la Técnica de Crioconservación, a fin de que ésta los de en adopción a una pareja.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Título Primero de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, regula los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual, como es el derecho que tiene toda persona a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de Técnicas de Reproducción Asistida.

En ese sentido se busca conseguir desplegar seguridad jurídica para los embriones supernumerarios, ya que desde el momento de su fecundación tienen derechos inherentes como el derecho a la vida, identidad, e igualdad y que lamentablemente son infringidos por no contar con los límites necesarios y exigibles en la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida.

En la STC N° 01535-2006-PA, en su fundamento N° 83, el Tribunal Constitucional, ha señalado en relación al derecho a la vida que, “La Constitución Política del Perú ha determinado que la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla”. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección.

Razón por la cual, urge hacer algo al respecto y por ello se presenta esta iniciativa legislativa, la misma que tiene como finalidad la protección jurídica de la vida humana de los embriones supernumerarios en la Crioconservación en la Legislación Peruana, para así enriquecer y fortificar nuestro marco legal en materia de Reproducción Asistida.

DISPOCISIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- Adecuación de normas

La presente Ley se adecuará a la Normativa Nacional, en un plazo no mayor de 60 días calendarios.

Segundo.- Vigencia

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación.

En Chiclayo, a los veinticinco días del mes de abril del año dos mil dieciocho.

Chiclayo, 25 de abril de 2018.



CLINIFER
Clínica de Fertilidad del Norte



CONSENTIMIENTO PARA CRIOPRESERVACION DE EMBRIONES

Objetivo

El número de embriones transferidos al útero tiene que ser limitado a no más de 2 para evitar los riesgos del embarazo múltiple. La criopreservación (vitrificación) permite conservar los embriones excedentes que se forman en la fecundación in vitro (FIV/ICSI). Los embriones criopreservados pueden ser transferidos en ciclos posteriores si no hubo embarazo o para conseguir otro embarazo, reduciendo la necesidad de someterse a la estimulación ovárica controlada y la aspiración folicular.

Explicación

La criobiología es el estudio de los procesos de congelación de células y tejidos. Estos procedimientos han permitido la conservación de células y tejidos por tiempos prolongados manteniendo éstas, generalmente, sus propiedades biológicas una vez descongeladas. Se han desarrollado protocolos de congelación/descongelación y vitrificación/entibiamiento que permiten preservar células a temperaturas muy bajas usualmente sin afectar o con muy poco efecto en su estructura y función. Los embriones excedentes que se estén desarrollando adecuadamente en el laboratorio pueden ser criopreservados. El personal de laboratorio coloca los embriones en soluciones especiales (compuestos crioprotectores) que protegen al embrión de posibles daños conocidos por la criopreservación como la formación de hielo intracelular, luego los embriones se sumergen directamente a nitrógeno líquido que se encuentra a temperaturas muy bajas (casi -196°C) para posteriormente transferirlos a tanques especiales en donde serán conservados. A pesar de todos los cuidados que se toman, no es posible determinar que todos los embriones sobrevivirán una vez que se descongelan o entibian. Los embriones pueden permanecer congelados varios años. Actualmente al descongelar embriones, las tasas de supervivencia fluctúan entre un 90 y 100%. Esto último tiene que ver, más que nada, con el potencial biológico de los embriones, previo a la congelación. Es altamente probable que aquellos embriones que no sobreviven al ser descongelados son los mismos que jamás hubieran alcanzado la implantación.

Beneficios

El primer beneficio es transferir una menor cantidad de embriones y así disminuir los embarazos múltiples y las complicaciones asociadas a ellos, como el parto prematuro, la parálisis cerebral infantil, etc. La criopreservación es útil en mujeres con síndrome de hiperestimulación ovárica severo, que no pueden recibir los embriones en su útero en ese ciclo, porque se agravaría su condición y deben esperar hasta un próximo ciclo para recibirlos. Otro caso es el de pacientes con cáncer que van a ser sometidos a radioterapia, quimioterapia o ambos, y existe la posibilidad de quedarse sin gametos. Además, pacientes que no tendrán oportunidad de realizar otro ciclo de tratamiento se pueden beneficiar con la criopreservación de embriones que les permita transferir embriones en un próximo ciclo.

La eficiencia de los procedimientos de reproducción asistida está en gran parte determinada por la calidad de los profesionales y el equipamiento del centro. Sin embargo, existen condiciones que afectan las probabilidades de embarazo independientemente de la calidad del centro. Estas son: el número de embriones que se transfieren al útero y la edad de la mujer. Por ello, la probabilidad de embarazo es mayor a menor edad. Además, la probabilidad de embarazo es mayor con dos embriones transferidos que con uno, pero con tres o más no aumenta esa probabilidad significativamente pero sí aumentan los riesgos asociados (embarazo múltiple, parto prematuro, parálisis cerebral infantil, etc.).

Riesgos y efectos secundarios

1.- Que los embriones no sobrevivan tras la descongelación o entibiamiento.

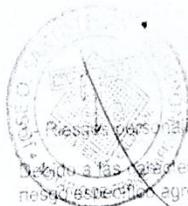
Este riesgo se relaciona directamente con la calidad de los embriones antes de criopreservarlos.

2.- Defectos de nacimiento.

En la información disponible publicada a nivel mundial y latinoamericana, NO hay datos que indiquen que haya mayor tasa de malformaciones o problemas genéticos en hijos conseguidos mediante embriones criopreservados.

Calle Los Sauces Nº 578 Urb. Santa Victoria - Chiclayo
Telf: 074 - 204824 RPM: # 999110980

www.clinicadefertilidaddelnorte.com
laboratorio@clinicadefertilidaddelnorte.com



Comisión de Bioética y Bioseguridad

Dejando a las preferencias médicas, psicológicas y sociales un espacio adecuado, se podría dar un destino específico agregado, como puede ser:

Alternativas a este tratamiento

- Criopreservar óvulos o células en estado de pronúcleo en caso de problemas ético-morales.
- Inseminación de un número bajo de óvulos (vitrificando, donando o descartando el resto de óvulos) para tratar de evitar los embriones excedentes.

Alternativas ante el fracaso de este tratamiento

- Realizar otros intentos con embriones criopreservados (si los hay).
- Realizar nuevos intentos de FIV/ICSI.
- Ir aumentando progresivamente la complejidad de las técnicas

Condiciones particulares

Es importante aclarar que como los embriones pueden permanecer mucho tiempo en criopreservación, y la pareja puede tener cambios o ajustes en su relación, se pueden presentar estas situaciones: la falta de acuerdo entre los miembros de la pareja, la separación (o divorcio) de la pareja, o la muerte de uno o ambos miembros de la pareja, o que no vuelvan a contactar al centro. Para cada una de estas posibilidades, hay varias opciones del destino de los embriones criopreservados que debe tomar en este momento.

1.- Falta de acuerdo entre los miembros de la pareja.

En este caso el centro no puede atender a dos peticiones distintas. La pareja debe llegar a un acuerdo antes de informar al centro.

2.- En caso de separación (o divorcio) de la pareja, el destino de los embriones criopreservados lo determina (escoja una opción):

- El padre.
- La madre.
- El centro.

3.- En caso de muerte de uno de los miembros de la pareja, el destino de los embriones criopreservados lo determina (escoja una opción):

- El sobreviviente.
- El centro.

4.- En caso de muerte de ambos miembros de la pareja, el destino de los embriones criopreservados lo determina (escoja una opción):

- Los hijos mayores de edad (en caso de haberlos).
- Un familiar (_____); parentesco: _____).
- El centro.

5.- En caso de que nadie contacta al centro en un año.

Ustedes son los responsables de contactar al centro para informar si han modificado sus decisiones y firmar un nuevo consentimiento. Si no hay embarazo después del actual ciclo de estimulación, se recomienda transferir los embriones criopreservados en el menor plazo posible e idealmente antes de 6 meses. De no cumplirse ese plazo, se debe notificar por escrito la decisión de postergar la transferencia. La pareja se compromete a reportar cambios de dirección o teléfono, a fin de poder ser ubicados en cualquier momento que el equipo médico lo estime necesario.



CLINIFER
Clínica de Fertilidad del Norte



Si en un año desde la fecha de congelación de sus embriones no han hecho uso de ellos, no se han contactado con el centro y ninguno de los dos ha modificado el consentimiento por escrito, ACEPTAN DONAR sus embriones a CLINIFER que los podrá donar a otra pareja.

- Se entrega un presupuesto de FIV/ICSI, donde se describe acerca de la congelación de embriones. Luego de transcurridos los seis primeros meses y los embriones permanezcan congelados, se deberá abonar un pago semestral por concepto de mantenimiento, durante todo el tiempo que los embriones permanezcan congelados
- Con la firma de este consentimiento autorizo(amos) a el (los) director(es) de Clínica de Fertilidad del Norte (CLINIFER) y a sus profesionales, a realizar el procedimiento descrito, dejo en claro que acepto los riesgos que la práctica de dicho tratamiento pueda conllevar, liberando de toda responsabilidad a CLINIFER.
- Los datos obtenidos a partir del procedimiento realizado, serán reportados de manera ANÓNIMA (sin indicar datos personales como nombre, DNI, número de contacto y domicilio) a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA) y pueden ser usados por REDLARA o CLINIFER de manera anónima, muestral y estadística con fines de investigación para una mejor comprensión de la fertilidad humana.

Explicación breve del motivo

Debido a las características médicas, psicológicas y sociales de este caso particular, el plan de tratamiento fijado con el equipo médico hasta este momento es: _____

Posibilidad de retirar o modificar el consentimiento

La firma de este documento no les compromete a ustedes de forma definitiva. Ustedes son totalmente libres de retirar o modificar su consentimiento por cualquier motivo. Ustedes son los responsables de notificar sus cambios al centro y registrarlos por escrito en un formato de consentimiento informado nuevo.

Disponibilidad de volver a preguntar

Si desea mayor información de la que está en este formulario, puede solicitarla en cualquier momento, siempre será un placer servirle.

ESTE CONSENTIMIENTO ES VÁLIDO SÓLO POR UN PROCEDIMIENTO.

Hemos recibido copia de este formulario.

Nombre MARTHA LILI IPANAQUE CASANOVA Firma *[Firma]* 

Nombre LUIS ELLUIS TIRADO CAMPOS Firma *[Firma]* 

Ciudad _____ Fecha _____

Certifico que antes del inicio del tratamiento y previo a que el paciente firme este documento:

1. Alguno de los miembros del equipo ha entregado información necesaria y suficiente para que el paciente tome su decisión.
2. Me he reunido con la paciente para discutir la información, le he dado la oportunidad de preguntar y pienso que he respondido satisfactoriamente a todas sus dudas.
Creo que la paciente ha entendido suficientemente lo que se le ha explicado y ha consentido en realizar el tratamiento propuesto.

Nombre _____ Firma _____

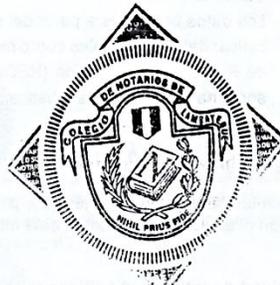
Ciudad _____ Fecha _____

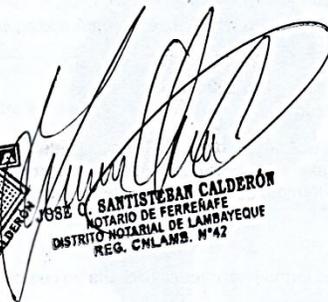
TIFICO: QUE LAS FIRMAS QUE ANTECEDEN CORRESPONDEN
TIRADO CAMPOS LUIS ELVES, JANAQUE
CASANOVA MARTHA JULIA

IDENTIFICADOS (AS) CON: D.N.I.: 211816553,
D.N.I.: 17436497

SOLO SE LEGALIZA LAS FIRMAS SIN ASUMIR RESPONSABILIDAD SOBRE EL
CONTENIDO DE ESTE DOCUMENTO. (ART. 106º DEL D. LEG. Nº 1049).

FERREÑAFE, 08 ENE 2018




NOTARIA
SANTISTEBAN CALDERÓN
JOSÉ O. SANTISTEBAN CALDERÓN
NOTARIO DE FERREÑAFE
DISTRITO NOTARIAL DE LAMBAYEQUE
REG. CHLAMB. N°42

PODER JUDICIAL



DECIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

Expediente Nro. : 183515 – 2006 – 00113.
Especialista : María Ida Torres Yupanqui.
Demandante : Carla Monic See Aurish.
Demandados : Lucero Aurish de la Oliva y otro.
Materia : **IMPUGNACION DE MATERNIDAD.**
Juez : Dra. Nancy Coronel Aquino

SENTENCIA

RESOLUCION NRO TREINTA Y UNO.

Lima, seis de enero
Del dos mil nueve.-

VISTOS: Resulta de autos que por escrito de fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 doña CARLA MONIQUE SEE AURISH interpone demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** la misma que la dirige contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZOZA BARBER a efectos que el Órgano Jurisdiccional declare: **I)** Que la menor DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber; y **II)** Se ordene la rectificación de la partida de nacimiento en la que erróneamente se ha señalado que la madre de la citada menor es doña Jenny Lucero Aurish De La Oliva; en base a los fundamentos de hecho que expone, que esencialmente, son los siguientes: **I)** Que entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se consumó el catorce de junio del dos mil tres, fecha en la cual contraen matrimonio civil; **2)** Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas. hasta que con fecha veintiocho de diciembre del mismo año, el doctor Luis Solari le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado. pues mediante una ecografía, practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determino que tenía "... *riñones hipoplásicos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambas riñones...*" enfermedad que se origina a los tres años de edad debido a una leve infección urinaria inadecuadamente

Dra. Nancy Coronel Aquino

Juzgado Especializado de Familia de Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

cuatro sesiones consecutivas, conforme las actas de fojas 363/364, 377/381, 412/418 y 466/468; que incorporados y actuados todos los medios probatorios, remitido los autos al Ministerio Público para el Dictamen de Ley, evacuado mediante Dictamen de fojas 492/499; y solicitado sentencia, es el momento de expedirla: Y **CONSIDERANDO: Primero: DE LA FINALIDAD DEL PROCESO:** Que conforme el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. “*El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.*”, Que en virtud de ello el Juzgador al resolver las controversias debe basarse en el mérito de lo actuado, el derecho y la justicia; **Segundo: DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:** Que los medios probatorios tienen por finalidad: **1) Acreditar** los hechos expuestos por las partes; **2) Producir certeza** en el Juez respecto de los puntos controvertidos; y **3) Fundamentar** sus decisiones, y la valoración de los mismos se realizará en forma conjunta utilizando la apreciación razonada, conforme dispone los artículos 188° y 197° del Código Procesal Civil; **Tercero: DE LA PROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN:** Que para efectos de emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia se hace necesario verificar la validez de la relación jurídica procesal, esto es la preexistencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y sobre este último, el “*interés para obrar*”, la “*legitimidad para obrar*” y la “*posibilidad jurídica*”, reguladas en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con el Artículo 427° incisos 1, 2 y 6 del mismo Código Adjetivo; que en el caso que nos ocupa, la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH pretende se le reconozca el derecho de madre de la niña DANIELA MENDOZA AURISH, cuya procreación, refiere aporte su óvulo genético, el mismo que conjuntamente con el espermatozoide de su cónyuge Luis Eduardo Mendoza Barber procreo a la referida niña, habiendo la madre de la actora, doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA aportado su útero o matriz para albergar al óvulo fecundado In Vitro, para su consiguiente gestación y parto, y estando a que el “*interés para obrar*” es el derecho que tiene todo justiciable de auténtica tutela jurisdiccional se cumple esta primera condición del ejercicio de la acción; que con relación a la “*legitimidad para obrar*”, o “*legitimación activa*”, entendida aquella como la relación de identidad entre aquellos que intervienen en la relación jurídica material previa, con la relación jurídica procesal, en el caso que nos ocupa, de la copia certificada del acta de nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURISH de fojas 99, repetida a fojas 151, fluye como: **Datos de la madre: JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, y Datos del padre: LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER, apareciendo el reconocimiento expreso de ambos padres con su firma respectiva**, y en consecuencia, desde esta óptica la demandante no se encontraría legitimada para solicitar el reconocimiento de maternidad a su favor, máxime que conforme lo dispone el Artículo 395° del Código Civil “*El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.*”; Que por otro lado, en observancia estricta del principio de legalidad, nuestro Código Civil, en su Artículo 371°, solo permite impugnar la maternidad en dos supuestos: “*Suplantación de hijo*” y “*parto supuesto*”, lo que no se presenta en el caso de autos; por otro lado, el Artículo 2° del mismo Código expone “*La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.* ...” y el

Artículo 409° establece “La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.” supuestos que no se presentan el caso sub-materia, y desde aquella óptica dando estricto cumplimiento al Principio de Legalidad, sería imposible jurídicamente impugnar la maternidad de una niña, cuando la actora alega haber aportado con su óvulo para la fecundación de dicha menor, por no encontrarse regulado en nuestro ordenamiento jurídico dicho supuesto fáctico; **Cuarto:** A que sin embargo, estando a que nuestro ordenamiento jurídico positivo con el devenir del tiempo se esta quedando desactualizado, ya que el avance de la ciencia médica- biológica viene incorporando a nuestra vida diaria nuevas situaciones facticas, como en este caso, nuevas técnicas de reproducción humana, que también requieren de protección y amparo jurídico, y el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente; que el Artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Estado prescribe como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional “*El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.*”, lo que obliga al Órgano Jurisdiccional crear el derecho pertinente, a efectos de hacer efectivo el derecho de Tutela Jurisdiccional Efectiva consagrada también en el inciso 3 del citado Artículo Constitucional, y por lo tanto resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, estando al Principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus derechos, y entre ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre incluido sus apellidos y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin ingerencias ilícitas, el derecho a conocer a sus padres y a ser querido por ellos, y otros mas consagrados en los Artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con el Artículo 6° del mismo Código, y Artículos 3°, 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, el que forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 3 de Agosto de 1990, máxime que en su Artículo 4 prescribe “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.*”; **Quinto: DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS FIJADOS:** Que para dar cumplimiento al Principio de Congruencia Procesal, es preciso connotar los puntos controvertidos fijados en sesión de Audiencia de fojas 318/320, siendo ellos lo siguiente: Determinar si la demandante es madre de la menor Daniel Mendoza Aurich; **Sexto: DE LA MATERNIDAD:** Según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, “*madre es la mujer que ha dado a luz uno o mas hijos*”, y en tal sentido, según el Derecho Romano “*mater semper certa est etiam si vulgo conceperit*”, es decir “*la maternidad será siempre cierta con el solo ver a una mujer gestante y después, con el infante en brazos*”, concepto que con el avance de la ciencia y con las técnicas de reproducción asistida (TERAS) tendientes a suplir los factores de infertilidad de las personas, ha dejado de ser ciertas en su totalidad, y dicho concepto tradicional con el devenir del tiempo y el avance de la ciencia y tecnología, específicamente la llamada “reprogenética” ha quedado obsoleto; tal es así que el derecho contemporáneo (Derecho Genético) crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya solución y regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad; Que en efecto,

según Adriano López, profesor emérito de la UCA, Magister en Bioética y Miembro del Consejo de Edad de Cádiz, España, considera diversos tipos de maternidad: **Desde una perspectiva biológica**, la maternidad puede ser plena o no plena: en la maternidad biológica plena la *madre biológica* gesta al hijo con su propio óvulo: en la no plena o parcial, la mujer puede aportar el útero y la gestación (*maternidad de gestación o de parto*) o aportar su óvulo u óvulos (*madre genética*), pero no ambos: **Desde una perspectiva social**, madre es aquella que cría y educa al niño; **Desde el aspecto jurídico**, no hay una correspondencia absoluta entre una *madre legal*, o una *madre biológica* o *social*, la misma que se determina de acuerdo a la legislación de cada país y de los veredictos judiciales en casos concretos; **En los casos de adopción**, se aplica el nombre de *madre adoptante*; *madre portadora*, la que presta su vientre, su útero, para lograr un niño, que luego entregará, la también llamada *madre de alquiler* o *vicaria*; y por fin *madre nodriza* o madre de leche que da de mamar a un niño que no es suyo. Que en resumen, existen tres tipos de madre: *madre genética*, *madre gestacional* o *de parto* y *madre social*. Obviamente los tres tipos de madre puede ser la misma persona, el problema radica en las posibles combinaciones. Según el citado autor, para traer al mundo un niño se necesitan tres ingredientes biológicos diferentes: un óvulo, un espermatozoide y un útero, cuando falta una de ellos el resultado es la esterilidad. La ciencia médica ha creado avances importantes, desarrollando técnicas de reproducción asistida, como la fecundación In Vitro con transferencia embrionaria a la *madre genética* o a terceros, *madre portadora*, *madre de alquiler* o *madre sustituta*. Al respecto, Enrique Varsi Rospigliosi, en su obra Derecho Genético, Grijley 4ta. Edición, Lima 2001, Pág. 264, define los conceptos o formas de *maternidad subrogada* "... a) **Madre portadora**: La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar otra que colabore con ella en dicha labor biológica. **Es un caso solo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana**: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer, 3) la madre gestante es una tercera; b) **Madre sustituta**: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. **Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de pregeneración humana**: 1) espermatozoides del marido, 2) inseminación en tercera mujer; c) **Ovodonación**: La mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita es una mujer que solo le ceda óvulos. **Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana**: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente; 3) gestación de la mujer; d) **Embriodonación**: El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deberá buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. **Se produce un caso de multigeneración humana**: 1) el embrión de una pareja cedente; 2) el marido es infértil; 3) el embrión no es gestado por su mujer; Que realizado el análisis doctrinario previo, nos preguntamos ¿Cómo se determina la filiación?, decimos al poder legislativo que legisle dicha materia, en el caso que nos ocupa nos corresponde determinar ¿quién es la madre de Daniela Mendoza Jurich? o ¿o quién consideramos madre de la citada niña para hacer efectivos sus derechos implícitamente reconocidos en nuestra legislación vigente? ;

Séptimo: Que de la revisión de autos fluye, que con fecha **catorce de junio del dos mil tres** doña CARLA MONIQUE SEE contrae matrimonio civil con don LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER ante la Municipalidad de Miraflores, conforme la copia certificada del Acta de Matrimonio de fojas 27 y 152; De la copia certificada del Acta de Nacimiento de fojas 99, repetida a fojas 151 fluye, que con fecha **seis de mayo del dos mil cinco** nace la niña DANIELA MENDOZA AURICH, cuyos datos de los padres se encuentran consignados como JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER cuyo reconocimiento expreso obra en el mismo, apreciándose también que la niña tiene inscrita los apellidos de ambos padres, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 20° del Código Civil; **Octavo:** Que de la copia certificada del Informe Médico de fojas 174/175 obra los resultados de los Junta Médica practicada a la paciente CARLA SEE AURICH con fecha diecinueve de Agosto de mil novecientos noventa y ocho que concluye "...Se trata de un caso de neuropatía por analgésicos (la paciente ingería combinaciones de Cafeína, Aspirina, Paracetamol, etc) ... la paciente padece: 1. Insuficiencia Renal Leve Moderada; 2. Neuropatía por analgésicos; 3- Hipertensión Arterial Secundaria 1 y 2..."; a fojas 159/170 obran los Exámenes Clínicos de Bioquímica, Acido Úrico e Orina, Aldosterona, Renina, Hemograma Completo, Proteinograma Electroforetico, y otras practicados por la Clínica Angloamericana en la persona de Carla See Aurich; De la copia certificada del Informe Médico emitido con fecha **veintiocho de Diciembre de mil novecientos noventa y ocho**, por el Doctor Luis Solari de la Fuente (fojas 172) fluye "... Conoci a la paciente CARLA SEE AURICH (22 años) el 08 de Julio de 1998, quien me consulto por su episodio de Bronquitis Aguda. Incidentalmente en su examen clínico le detecte presión arterial de 148/96 mm Hg. ... siendo yo el primer médico que le detecto Hipertensión Arterial, procedí a solicitarle una investigación completa para tal diagnostico con particular énfasis en explorar sus riñones y vías urinarias, por ser estos órganos causa frecuente de HTA en personas jóvenes. En su urografía excretora minutada se constato que tiene riñones pequeños, siendo mas pequeño el del lado derecho, con retardo de la eliminación de la sustancia de contraste con éste riñón, presentando también alteración de la morfología calidad de ambos riñones. Además hay reducción de tamaño del polo superior del riñón izquierdo. En la urografía isotópica con radiorenograma se aprecio que el riñón derecho es de aspecto atrófico y solo con esbozo de actividad funcional. El riñón izquierdo tiene lenta fase excretora. ... Con la evidencia de estar ante un caso de Hipertensión Arterial Nefrogénica e Insuficiencia Renal leve moderada, y debido a la juventud de la paciente, dispuse la realización de una junta médica ... para evaluar el caso, definir el origen de los destacado, su tratamiento y evolución ..."; **Noveno:** Que de las copias de la Historia Clínica del Proceso de Fecundación, embarazo y parto de la menor DANIELA MENDOZA AURICH emitida por la Clínica Miraflores de fojas 179/237 y 333/350 que contiene: Informe Médico sobre el Procedimiento realizado a la paciente Carla Monique See Aurich en dicha institución: La Historia Clínica de la Aspiración Folicular de la paciente Carla See Aurich; La Historia Clínica de la Transferencia embrionaria a la señora Jenny Aurich De La Oliva; y la Historia Clínica de la cesárea de la señora Jenny Aurich De la Oliva; fluye, con relación a la demandante CARLA MONIQUE SEE AURICH, con fecha **veintinueve de Abril del dos mil cuatro**, se determina que tiene veintisiete años de edad, es casada con don Luis Eduardo Mendoza, tratamientos efectuados anteriormente "... tiene insuficiencia renal y el nefrólogo le ha dicho que

no puede tener hijos ...usaremos a su mamá para el vientre de alquiler por insuficiencia renal..."; Con fecha **veintidós de mayo del dos mil cuatro** (fojas 182) se le practica una Ecografía Ginecológica cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA dice "...**UTERO:** Anteverso, ligeramente lateralizado hacia la derecha, bordes ligeramente irregulares. **OVARIO DERECHO:** Micropoliquistico. **OVARIO IZQUIERDO:** Micropoliquistico Leve. **LIQUIDO EN DOUGLAS:** Escaso. ..."; con fecha **diecinueve de setiembre del dos mil cuatro** "...se aspiran 09 ovocitos..." (fojas 181, 189 y 346); Con fecha **treinta de Septiembre del dos mil cuatro**, el Jefe del Laboratorio del citado Instituto de Ginecología y Fertilidad emite el Informe de Reproducción Asistida "**NOMBRE DE LA PACIENTE:** Mendoza – See; **MÉDICO TRATANTE:** Augusto Ascenzo; **PROCEDIMIENTO:** ICSI; **FECHA:** 19 de Septiembre del 2004; **OVOCITOS OBTENIDOS:** 09 (08 MET-II, 1 ATRESICO); **OVOSITOS INSEMINADOS/INYECTADOS:** 08; **OVOCITOS FECUNDADOS:** 06; **EMBRIONES OBTENIDOS:** 06; **EMBRIONES TRANSFERIDOS:** 03 (6-II, 8-II, 8-II); **EMBRIONES CONGELADOS:** 03 ..." (Fojas 190); Que del Informe Médico – Nefronológico expedido con fecha **nueve de diciembre del dos mil cinco** (fojas 25) por el médico tratante, Doctor Cesar Liendo Liendo, relacionado a doña Carla See Aurich, precisa "... La señora Carla See ha sido controlada médicamente de manera ambulatoria y con algunas interurrencias de hospitalización por el suscrito, desde Abril del 2001. Refiriendo la Historia Clínica que desde Diciembre de 1998 se detecta hipertensión arterial asociada a insuficiencia renal crónica estadio leve a moderado... concluyéndose que la causa era dependiente de hipoplasia renal y neuropatía intersticial crónica por consumo de analgésicos. ... en mayo del 2003 el suscrito fue consultado sobre la posibilidad de gestación de la señora Carla See. Se revisó el caso clínico y la evolución laboratorial de la paciente y se opinó por la **NO OPINION FAVORABLE** en relación al embarazo, pues esta situación fisiológica (gestación) tendría la gran posibilidad de **ACELERAR** el deterioro de la función renal. Al momento actual la señora See es portadora de insuficiencia renal crónica estadio avanzado..."; **Décimo;** Con relación a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, con fecha **veintiuno de Junio del dos mil cuatro**, se determina que tiene cincuenta y cuatro años de edad, a fojas 202 aparece "...será vientre de su hija..."; en aquella fecha se le practica la primera ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "...**GESTACION UNICA:** de 06 semanas (Por Ecografía); **MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES:** Normales; **CERVIX:** Longitud 33 mm; **ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO:** Cerrados; **BOTON PLACENTARIO DE INSERCIÓN:** Baja. ..." (fojas 203); Con fecha **primero de Diciembre del dos mil cuatro**, se le practica la segunda ECOGRAFIA OBSTETRICA I 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... **GESTACION UNICA:** de 12 semanas, 02 días (Por Ecografía); **MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES:** Normales; **CERVIX:** Longitud 33 mm; **ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO:** Cerrados; **PLACENTA DE INSERCIÓN:** Baja (Prevía Total). ..." (fojas 210); Con fecha **trece de Enero del dos mil cinco**, se le practica la tercera ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... **GESTACION UNICA:** de 18 semanas, 02 días (Por Ecografía); **PODALICO LONGITUDINAL:** Dorso Anterior; **PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN:** Baja (previa total). **MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES:** Normales; **BIENESTAR FETAL:** Estudio Fluxométrico Doppler Color en Arteria Umbilical Normal; y **ARTERIA CEREBRAL MEDIA:** Normal..." (fojas 214); Con fecha

diecisiete de Febrero del dos mil cinco, se le practica la cuarta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 23 semanas, 03 días (Por Ecografía); SITUACIÓN TRANSVERSA DORSO POSTERIOR: : circulación del cordón tipo IV (circular simple de cordón); PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN BAJA: Previa Total; VENTRICULO LATERAL IZQUIERDO: 09 mm normal; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 218); Con fecha veintiuno de Marzo del dos mil cinco, se le practica la quinta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 28 semanas (Por Ecografía); PLACENTA POSTERIOR Y LATERAL IZQUIERDA (Previa marginal); CIRCULAR DE CORODON TIPO II (50 % circular simple de comodón); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 225 vta.); Con fecha diecinueve de Abril del dos mil cinco, se le practica la sexta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 32 semanas, 01 día (Por Ecografía); CEFALO LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: circular del cordón tipo II (50% circular simple de cordón); BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 227); que finalmente con fecha cinco de mayo del dos mil cinco, se de practica la última ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 33 semanas, 05 días (Por Ecografía); CEFALO V LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: Oligodramnios Moderado - Severo. Se recomienda ecografia posterior; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 237); y así mismo se le determina el examen de Riesgo Quirúrgico, con Diagnostico Preoperatorio: Cesárea (235 y 333), finalmente nace la niña el seis de mayo del mismo año; Que conforme las Anotaciones de la Sala de Operaciones "...Paciente ingresa a SOP para ser intervenida quirúrgicamente de Cesárea por el Dr. Augusto Ascenzo, ... Extraen feto vivo, sexo femenino en buenas condiciones, es atendido por el médico pedriata Dr. De La Piedra luego realizan extracción manual de placenta Completa, no remite a patología por indicación del Dr- Augusto Ascenzo ... Paciente es trasladada a Sala de Recuperación ..." (fojas 342 y 101); siendo dada de alta el nueve de mayo del dos mil cinco, entregándosele el certificado de nacimiento firmado por el médico Dr. Augusto Ascenzo A nombre de la señora Jenny Aurich De la Oliva (fojas 351); **Décimo Primero:** Que según la Declaración Testimonial prestada por don AUGUSTO FELIPE ASCENZO APARICIO medico tratante que conoció el proceso de fertilización, crecimiento pre natal y nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURICH, de fojas 377/381, la demandante Karla See Aurich si podía concebir pero no podía llevar adelante el embarazo por que sufría de insuficiencia renal y podía llevarla a la muerte, que dicha enfermedad es incompatible con la gestación porque requiere de riñones sanos para poder llevar adelante una gestación de nueve meses; que al narrar el proceso de fertilización de la citada niña, dijo "...al acudir a mi consultorio vi que la única posibilidad de que la señora Carla See pudiera tener un bebe, era extrayéndola sus óvulos juntándole con el esperma del señor Mendoza y así formar embriones

humanos, ese proceso se realiza en una incubadora en el laboratorio por tres días, a partir de la concepción hasta la formación de un embrión de 8 células, aclarando que la concepción se realiza en forma inmediata una vez juntados los espermatozoides con el óvulo, el mismo día que aspiramos los óvulos a la señora Carla (09 óvulos de los cuales 08 eran maduros y 01 inmaduro), eso fue el 19 de septiembre del 2004, ese mismo día se le inyectó un espermatozoide a cada óvulo (08 espermatozoides), de los cuales 06 óvulos fecundaron y por lo tanto se obtuvieron 06 embriones, todo esto fue fuera de la incubadora y al día siguiente, y tres días después se transfirieron tres embriones al útero de la señora Jenny Aurich y los tres restantes se congelaron, los mismos que pueden seguir su proceso embrionario una vez descongelado en cualquier momento. Ingresando los tres embriones en el útero de la señora Jenny Aurich quien a través de la Hormona Sub Unidad Beta HCG indicó que estaba embarazada, desconociendo de cuantos embriones habrían sobrevivido, la misma que siguió su proceso de embarazo, dando a luz el seis de mayo del dos mil cinco por cesárea, teniendo la bebé 07 meses y 20 días, eso fue por que a la mamá le dio hipertensión arterial teniendo dada su edad cronológica de cincuenta y cuatro años de edad, naciendo la niña en la Clínica de Miraflores y expidiendo la Constancia de Certificado Vivo a quien le atendí el parto del concebido"; Que al preguntarle si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo "... si contribuye con la formación y con el crecimiento, mas no con la transformación de los cromosomas o genes que fue procreada, a modo de ejemplo cuando se inserta embriones de vacas Holsteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holsteins porque la sangre solamente contribuye a su alimento igual que la leche materna ..."; Que al preguntarle el Representante del Ministerio Público ¿Quién determina el tipo de sangre que tendrá el feto, el de la madre gestante o de los que han facilitado los cromosomas?, contesto "...únicamente los que han facilitado los cromosomas, porque la sangre no se mezcla..."; ¿Si el declarante extrajo los espermatozoides del señor Luis Eduardo Mendoza Barber? Dijo "... él los extrajo en mi presencia una hora antes de aspirar a la señora Carla los óvulos..."; Agregando que considera como "madre genética" de la menor Daniela Mendoza Aurich a Carla See Aurich, "padre genético" a Luis Eduardo Mendoza Barber, y a doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva "incubadora de la niña"; **Décimo Segundo:** Que para determinar "con certeza" cual de las dos presuntas madres es la "madre biológica" de la niña Daniela Mendoza Aurich, se dispuso de oficio la realización de la prueba genética de ADN, la de mayor validez científica (fojas 319), la que previo trámite de ley, el Laboratorio de Genética Biomolecular del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público en informe de fojas 405/407, presenta los siguientes resultados finales: "... que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM1 SEE AURICH, Carla Monique, NO PUEDE SER EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLÓGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN- 2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER, Luis Eduardo" y "... que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM2 AURICH DE LA OLIVA, Jenny Lucero, QUEDA EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLÓGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN-2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado

con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER. Luis Eduardo ..."; Informe Pericial que fue ratificado por los Representantes de dicho Laboratorio del Ministerio Público, en los términos que se contrae el acta de fojas 466/468 y corroborado por el Laboratorio Biolinks, quien practico la misma prueba con las contra-muestras custodiadas por la Corte Superior; cuyos informes, que corren a fojas 473/481 concluyeron "... 1.- No se ha encontrado exclusión de paternidad. El índice de paternidad acumulado asciende a 2.136, que corresponde a una Probabilidad de Paternidad de 99.953202328048%. 2.- Estas cifras corresponden a una certeza de paternidad para la prueba. 3.- Por lo tanto, la paternidad biológica del donante de la muestra codificada como ADN 2007-005-P LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER (A) sobre el donante de la muestra codificada como ADN-2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado. 4.- Según las normas internacionales sobre prueba de ADN para determinación de maternidad, dos o mas alelos que no coinciden entre el supuesto hijo y la supuesta madre son demostración de exclusión de maternidad, La donante de la muestra codificada ADN-2007-005-PM2 JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA (B) NO ES MADRE BIOLÓGICA de la donante de la muestra codificada ADN- 2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C). 5.- No se ha encontrado exclusión de maternidad. El índice de maternidad acumulado asciende a 1.583'112.135, que corresponde a una Probabilidad de Maternidad de 99.99999996833%. 6.- Estas cifras corresponden a una certeza de maternidad para la prueba. 7.- Por lo tanto, la maternidad biológica de la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-PM1 CARLA MONIQUE SEE AURICH (D) sobre la donante de la muestra codificada como ADN- 2007- 005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado."; **Décimo Tercero:** Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta", queda determinar jurídicamente a cual de las dos es considerada como "madre de la menor", aquella que aporó sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña o aquella que albergo en su vientre durante toda la etapa de gestación y alimentó a la niña hasta su nacimiento; Que al respecto la "Ley General de Salud", Ley N° 26842 determina en su Artículo 7° "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de "madre genética" y de "madre gestante" recaiga sobre la misma persona. ...; A que sin embargo, ¿ como se determina la filiación si las condiciones de "madre genética" y "madre gestante" recaigan sobre diferentes personas?, situación factica que no esta prohibido legalmente, pero tampoco no esta expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual "Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."; y por consiguiente considerándose licita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, considerando que la conducta doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414. Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "madre solo hay una" la misma que se

determina por la "filiación biológica", por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos y funcionales entre los padres y los hijos; y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, pese a que en el acta de nacimiento de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y lleva yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, el primer apellido de ésta; dejándose de aplicar lo dispuesto en el Artículo 395º del Código Civil; **Décimo Cuarto: DE LOS EMBRIONES VIVOS CONGELADOS:** Que por otro lado, resulta insoslayable emitir pronunciamiento, respecto a lo descubierto durante el curso del proceso, referente a **los tres embriones sobrantes del proceso de fecundación In Vitro, los mismos que se encuentran vivos y congelados en los laboratorios de la Clínica Miraflores** a cargo del Doctor Augusto Felipe Ascenzo Aparicio; Que conforme lo dispone el Artículo I del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. ..."; que en consecuencia reconociéndose "al concebido" calidad de niño y por ende "sujeto de derechos", "libertades" y "protección específica", conforme lo prescribe el Artículo II del Título Preliminar del citado Código, y estando a que conforme lo dispone el Artículo 1º del mismo Código "El niño y el Adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental."; Que en consecuencia, estando a que el derecho a la vida, el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son considerados derechos indisponibles, se hace necesario emitir pronunciamiento de oficio pese a que no ha sido solicitado, ni por las partes, ni por la Señora Representante del Ministerio Público, ni menos aún por la Defensoría del Pueblo en su escrito de "Amicus curiae" (amigo de la Corte) de fojas 580/592, estando además que conforme el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su novena parte establece "...Teniendo presente, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" ..."; norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno, en mérito a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado en concordancia con el Artículo 3º de la misma norma legal; **Décimo Quinto:** Que en consecuencia no preguntamos ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?. ¿Qué medidas tomar respecto de los tres concebidos que se encuentran congelados vivos?. En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, que contemple estas situaciones facticias y proteja el derechos de los niños: Analizando el derecho comparado, tomando como base, la legislación española, la Ley 14/2006 sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", del veintiséis de mayo del dos mil seis, en su Artículo 11º establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones criopreservados: 1) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; 2) La donación con fines reproductivos; 3) La donación con fines de investigación; y 4) El cese de su conservación sin otra utilización; De acuerdo a nuestro derecho nacional solo es válido y ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión, no sujetos de derecho, sino objeto de derecho, afecta

DR. AUGUSTO FELIPE ASCENZO APARICIO
 QUINTE SUPLENTE DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

principios elementales de la dignidad humana, dado que la persona es siempre un valor en sí y por sí misma y no puede ser tratada como objeto utilizable, como instrumento o medio, por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, mas aún que conforme el Artículo 7° última parte de la Ley General de Salud, Ley Número 26842 “*Esta prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.*”; La última alternativa, tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones crioconservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción; que por lo tanto, deben dictarse las medidas adecuadas con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad además con lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 1° de la Constitución Política del Estado; Que por lo expuesto la señorita JUEZ del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, administrando Justicia nombre de la Nación; **FALLA:** **DECLARANDO: 1) FUNDADA** la demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 interpuesta por doña CARLA MONIQUE SEE AURISH contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZOA BARBER y en consecuencia **DECLARO:** Que la niña **DANIELA MENDOZA AURISH** es hija de la demandante **CARLA MONIQUE SEE AURISH** la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña; **2) DISPONGO:** Dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA como madre de la niña CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; **3) DISPONGO:** La inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; **4) DISPONGO:** La rectificación de los apellidos de la niña, cuyo nombre de hoy en adelante es como sigue “DANIELA MENDOZA SEE”, conforme lo dispone el Artículo 20° del Código Civil; **5) OTORGO:** El plazo de DOS AÑOS a efectos que los justiciables CARLA MONIQUE SEE AURISH y LUIS EDUARDO MENZOA BARBER hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación In Vitro de sus ovocitos y espermatozoides, que se encuentran vivos y congelados en la Clínica de Miraflores, sea mediante implantación en el vientre materno de doña CARLA MONIQUE SEE AURISH o una subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro, contados a partir de que la presente quede consentida y/o ejecutoriada; **6) DISPONGO:** Que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran precitado mandato, **CURSAR OFICIOS** al Juzgado de Familia Tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el “*Derecho a la vida*” que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica; **7) DISPONGO:** Que la Defensoría del Pueblo, en su calidad de “*Amicus curiae*” (amigo de la Corte) y encargado de la Defensa de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana, de acuerdo al Artículo 162° de la Constitución Política del Estado y Artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley Número 26520, **SUPERVISE** el cumplimiento y la ejecución de la presente sentencia; **8) DISPONGO:** De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial **ELEVAR EN CONSULTA** a la

59 - Alcalde Municipal de Miraflores de la Lima
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la Republica la presente, si no fuese impugnada, vía control difuso, estando a: **1)** La inaplicación del Artículo 395° del Código Civil por considerarlo que existe incompatibilidad en su interpretación con los Artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 44/25, con fecha 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 03 de agosto de 1990, la misma que forma parte del derecho nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de dicha Carta Política; **2)** Haber aplicado el derecho que corresponde al proceso por vacío y deficiencia de la ley; y **3)** Haber dispuesto de oficio, pese ha no ser parte del petitorio, medidas tendientes a preservar y hacer efectivo el Derecho a la Vida de los tres embriones vivos que se encuentran congelados en la Clínica de Miraflores, por constituir derechos indisponibles, inaplicando las restricciones dispuestas en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la prohibición de fallo "*Ultra y Extra Petita*", al prevalecer el Principio y Derecho de la función jurisdiccional de "*la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de tres concebidos, indefensos, sujetos de protección y cuidados especiales*" conforme lo prescribe el Artículo 138° inciso 3 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Noveno Preámbulo de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.- Notifíquese a las partes; con conocimiento de la Defensoría del Pueblo.-

~~PODER JUDICIAL~~
~~DR. JESÚS...~~
~~Magistrado Titular de la Sala de~~
~~la Corte Superior de Justicia de Lima~~

PODER JUDICIAL
Mg. TUPAC YUSANQUI ROLDÁN
Especialista Legal
Magistrado Titular de la Sala de